Die Rechtsprechung zur formlosen Hofübergabe

und

der Grundsatz der Formstrenge im Erbrecht

von

Manfred Friesinger

aus Pforzheim

Erlangen 1963

1963 № 182

DIE RECHTSPRECHUNG ZUR FORMLOSEN HOFÜBERGABE
UND
DER GRUNDSATZ DER FORMSTRENGE IM ERBRECHT

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von
Manfred Friesinger
aus Pforzheim

Approbiert am: 8. Juli 1963

R.UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent: Professor Dr. J. Herrmann

Dekan: Professor Dr. J. Herrmann

Schrifttumsverzeichnis

Backs	Neugestaltung des Beurkundungswesens, Jahrb. AkfDR 1938, 148 ff.
Baur	Die Rechtsprechung des BGH in Zivilsachen (Bd. 10 bis 12 der amtl. Sammlung), JZ 54, 630 f.
Beitzke	Erbrecht, 5. Aufl. 1961
Blomeyer	Anmerkung zum Urteil des V. Zivilsen. des BGH vom 14.7.1956, MDR 57, 153
Boehmer	Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 1952 (I)*)
"	Anmerkung zum Beschluss des KG ZAkDR 1939, 460, 652 (II)
"	Fragen zum Testamentsgesetz, DNotZ 1940, 97, 140, 187 (III)
Bosch	Anmerkung zum Beschluss des V. Zivilsen. des BGH vom 9.2.1955, FamRZ 1955, 172
Brammer	Begriff und Rechtsnatur des Übergabevertrages nach der Höfeordnung vom 24.4.47, Diss. Kiel, 1950

---

*) Bei mehreren Werken desselben Verfassers wird an Stelle des Titels die im Schrifttumsverzeichnis angegebene römische Ziffer zitiert.

Coing	Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart vom 16.2.1949, NJW 1949, 755
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1. Halbband 1959, 2. Halbband 1960
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., 1958
Ermann	Kommentar zum BGB, 2. Aufl., 1958
Esser	Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Aufl., 1960 (I)
"	Gedanken zur Dogmatik der "faktischen Schuldverhältnisse", AcP 1958, 86 ff. (II)
Firsching	Anmerkung zum Beschluss des BayObLG vom 2.9.1955, NJW 56, 24 ff.
Flume	Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten, AcP 1962, 52 ff.
Fritzen	Fakultatives Höferecht im Realteilungsgebiet, RdL 1953, 319 ff.
Gerckens	Zum Missbrauch der Testierfreiheit in der Landwirtschaft, FamRZ 1955, 163 f.
Gernhuber	Formnichtigkeit und Treu und Glauben, in Festschrift für Walter Schmidt-Rimpler, 1957, 151 ff.
Haupt	Über faktische Vertragsverhältnisse, 1941
Hartmann	Kommentar zur Höfeordnung für Rheinland-Pfalz vom 7.10.1953, 1954

Heck	Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112, 1 ff.
Heldrich	Die Form des Vertrages, AcP 147, 89 ff.
Herminghausen	Formlos bindende Hofzusagen, DNotZ 1958, 115 ff.
v. Hippel	Formalismus und Rechtsdogmatik, Hamburg 1935
Humbert	Die formlose Bestimmung des Hoferben, NJW 1956, 1857 ff. (I)
"	Anmerkung zum Beschluß des OLG Celle vom 14.10.1957, DNotZ 1958, 162 ff. (II)
Keidel	Zur Nachholung der fehlenden Unterschrift des Notars unter das notarielle Protokoll, DNotZ 1957, 283 ff.
Kipp-Coing	Erbrecht, 11. Aufl., 1960
Krause, R.	Kann eine formmangelhafte Verfügung von Todes wegen rechtsgültig sein ?, FamRZ 1955, 161 ff.
Kroeschell	Rechtsprobleme der bäuerlichen Hofübergabe, in Göttinger Festschrift für das OLG Celle (1961), S. 99 ff.
Küchenhoff	Faktische Vertragsverhältnisse und faktische Arbeitsverhältnisse?, RdA 1958, 121 ff.

Lange	Das Recht des Testaments (Denkschrift der Akademie für Deutsches Recht), Tübingen 1937 (I)
"	Das Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen, ZAkDR 1938, 577 ff. (II)
Lange-Wulff	Die Höfeordnung vom 24. April 1947, Kommentar, 5.Aufl., 1961
Larenz	Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten, NJW 1956, 1897 ff. (I)
"	Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, Allg. Teil, 4.Auflage, 1960 (II)
"	Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band, Bes. Teil, 3. Aufl., 1959 (III)
"	Besprechung von Simitis "Die faktischen Vertragsverhältnisse", NJW 1958, 862 f. (IV)
"	Sozialtypisches Verhalten als Verpflichtungsgrund, DRiZ 1958, 245 (V)
Lehmann	Das "faktische" Vertragsverhältnis, Jher.J., 90. Band, S. 131 ff. (I)
"	Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1958, 1 ff. (II)
"	Allg. Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 12. Aufl., 1960 (III)

Lorenz	Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge, AcP 156, 381 ff.
Matthiessen	Ist eine Berufung auf Treu und Glauben gegenüber Formvorschriften zuzulassen ?, DGWR 1938, 213 ff. (I)
"	Anm. z. Urt. des RArbG vom 15.6.1938, JW 1938, 2426 f. (II)
"	DGWR 1939, 223 ff. (III)
Nickol	Die Höfeordnung der britischen Besatzungszone, MDR 1947, 144 ff.
Nipperdey	Faktische Vertragsverhältnisse, MDR 1957, 129 f.
Palandt	Kommentar zum BGB, 20. Aufl., 1961
Pikalo	Anmerkung zum Beschluss des V. Zivilsenates des BGH vom 16.2.1954, RdL 1954, 193 ff. (I)
"	Anmerkung zum Urteil des OGHBrZ vom 27.8.1949, NJW 1950, 424 (II)
Pritsch	Genehmigung und Zust. im Höferecht (brZ), DNotZ 1951, 297 ff.
Reichsgerichtsräte-Kommentar (RGRK)	Kommentar zum BGB, 11. Aufl., 1958 ff.

Reinicke, G. und D.	Anmerkung zum Beschluss des V. Zivilsenates des BGH vom 9.2.1955, NJW 1955, 1065	(I)
"	Formvorschrift, Treu und Glauben und Schadensersatz, MDR 1954, 641 ff.	(II)
Riedel	RdL 1950, 185 ff.	(I)
"	Die Rechtsprechung in Landwirtschaftssachen im Jahre 1954, JZ 1955, 109 ff.	(II)
"	Die Rspr. in Landw.-Sachen im Jahre 1955, JZ 1956, 114	(III)
"	Die Rspr. in Landw.-Sachen im Jahre 1956, JZ 1957, 118	(IV)
Roemer	Zur formlosen Hoferbenbestimmung in der Rechtsprechung des BGH, DNotZ 1957, 283 ff.	
Rötelmann	Anmerkung zum Beschluss des V. Zivilsenates des BGH vom 16.2.1954, RdL 1954, 311 f.	(I)
"	Anmerkung zum Beschluss des V. Zivilsenates des BGH vom 16.2.1954, NJW 1954, 1644 f.	(II)
"	Das Landwirtschaftsrecht im letzten Jahre, MDR 1958, 74	(III)
"	Anmerkung zum Beschluss des V. Zivilsenates des BGH vom 19.2.1952, MDR 1952, 414 f.	(IV)

Schlegelberger-Vogels	Kommentar zum BGB, Berlin 1939
Scholz	Formnichtigkeit und Arglisteinrede, NJW 1950, 81 ff.
Schulte	Erbvertrag und Übergabevertrag, RdL 1951, 29 f. (I)
"	Anmerkung zum Beschluss des V. Zivilsenates des BGH vom 30.1.1951, RdL 1951, 129 f. (II)
"	Die Genehmigung des Übergabevertrages nach der Höfeordnung, DNotZ 1951, 53 ff. (III)
"	Formlose Bestimmung des Hoferben, RdL 1956, 177 ff. (IV)
"	Formlose bäuerliche Übergabe- und Erbverträge, NJW 1958, 361 ff. (V)
"	Formlose bäuerliche Übergabe- und Erbverträge, NJW 1958, 820 f. (VI)
"	Verhältnis zwischen Übergabevertrag und späterem Erbvertrag, RdL 1960, 316 ff. (VII)
Siber	Auslegung und Anfechtung der Verfügungen von Todes wegen, in RG - Festschrift, 3. Band (1929), S. 350 ff.

Soergel	Kommentar zum BGB, 9. Aufl., 1959 ff.
Staudinger	Kommentar zum BGB, 11. Aufl., 1954 ff.
Steppuhn	Übergabevertrag oder Erbvertrag?, RdL 1960, 229 ff.
Tasche	Vertragsverhältnis nach nichtigem Vertragsschluss?, Jher.J., 90, 101 ff.
Thole	Hofübergabevertragsverhältnis auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage?, Diss. Münster, 1960
Vogels	Das eigenhändige Testament nach dem Gesetz vom 31.7.1938, JW 1938, 2161 ff. (I)
"	Das neue Testamentsrecht, DJ 1938, 1269 ff. (II)
"	Die Durchführung des Testamentsgesetzes vom 31.7.1938, DR 1940, 1649 ff. (III)
"	Anmerkung zum Beschluss des KG vom 4.5.1939, DJ 1939, 1050 (IV)
"	Anmerkung zum Beschluss des KG vom 29.6.1939, DJ 1939, 1593 (V)

Vogels-Seybold	Kommentar zum Testamentsgesetz, 4. Aufl.,1949
Westermann	Lehrbuch des Sachenrechts, 4. Aufl., 1960
Weyer	Das neue Testamentsrecht, DNotZ 1938, 5744 ff.
Wieacker	Stillschweigende Hoferbenbestimmung?, DNotZ 1956, 115 ff. (I)
"	Hoferbenbestimmung durch schlüssiges oder sozialtypisches Verhalten?, FamRZ 1957, 287 ff. (II)
Wöhrmann	Das Landwirtschaftsrecht der britischen Zone, Kommentar 1951 (I)
"	Anmerkung zum Beschluss des V. Zivilsenates des BGH vom 19.2.1952, RdL 1952, 134 (II)
"	Der Hofesübergabevertrag nach dem Reichserbhofgesetz, Berlin 1935 (III)
Wolff, H.	Über faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1953, 1250 f.
Wulff	Zur Rechtsnatur des Übergabevertrages, RdL 1952, 113 ff.

Seite

Gliederung

14 § 1 Einleitung.

15 - 122 ERSTER TEIL

15 - 18 § 2 Die Maximen der neuen Rechtsprechung.
15 I. Geschlossenheit der Rechtsprechung.
II. Beschränkter Geltungsbereich.
17 - 18 III. Leitsätze des BGH.

18 - 21 § 3 Lebenssachverhalt.
18 - 19 I. Beschluss des BGH vom 16.2.1954.
20 - 21 II. Beschluss des BGH vom 5.2.1957.

21 - 27 § 4 Die frühere Rechtsprechung.
21 - 24 I. Das Genehmigungswesen.
24 - 25 II. Behandlung missbräuchlicher Verfügungen im Genehmigungsverfahren.
25 - 27 III. Kritische Stimmen zur Anwendung des § 138 BGB.

27 - 29 § 5 Die Rechtsprechung des BGH.

*

29 - 73 § 6 Der Tatbestand der formlosen Hoffolgevereinbarung.
29 - 30 I. Objektivierungstendenz der Rechtsprechung.
30 - 33 II. Die Lehre von den Willenserklärungen.
30 - 31 A. Das Individualprinzip.
31 - 33 B. Der Tatbestand der Willenserklärung.
33 - 35 III. Verschiedenheit der Fallgestaltung.
35 - 42 IV. Vom BGH aufgestellte Tatbestandselemente einer Hoffolgevereinbarung.
42 - 73 V. Rechtliche Begründung der Bindungswirkung.
42 A. Der Gedanke des Vertrauensschutzes.
42 - 43 B. Erklärungstheorie und Willenstheorie im gemeinen Recht.
43 C. Der Standpunkt des BGB.
43 - 44 D. Die Rechtsprechung.
45 - 73 E. Neuere Lösungsversuche.
45 - 62 1) Lösungen auf rechtsgeschäftlicher Grundlage.
45 - 50 a) Die objektive Theorie.
50 - 53 b) Die Lehre vom Erklärungsbewusstsein.

53 - 54 c) Zusammenfassung.
54 - 62 d) Einwände tatsächlicher Art.
62 - 73 2) Lösungen auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage.
62 - 64 a) Die Lehre Coings.
64 - 68 b) Die Ansicht Tholes.
68 - 73 c) Sozialtypisches Verhalten.

74 - 91 § 7 Die Rechtsnatur der Vereinbarung.
74 - 75 I. Allgemeines.
75 - 84 II. Der Hofübergabevertrag.
75 - 78 A. Wesensmerkmale.
78 - 81 B. Doppelnatur des Hofübergabevertrages.
81 - 83 C. Anwendung erbrechtlicher Bestimmungen.
83 - 84 D. Rechtsnatur als Rechtsgeschäft unter Lebenden.
84 - 85 III. Der Erbvertrag.
85 - 87 IV. Verhältnis von Hofübergabevertrag zu Erbvertrag bei aufgeschobenem Vollzug.
87 - 91 V. Der Vorvertrag zum Hofübergabevertrag.

91 - 99 § 8 Die inhaltliche Ergänzung der Hoffolgevereinbarung.

99 § 9 Ergebnis.

99 - 121 § 10 Das Formproblem.
99 - 102 I. Die Anwendbarkeit des § 125 BGB.
102 - 104 II. Die Rspr. des RG und des BGH.
104 - 121 III. Kritik.
104 - 112 A. Fallgerechtigkeit und Rechtssicherheit.
112 - 113 B. Gestaltung absoluter Rechtslagen.
114 - 116 C. Sonderrecht.
116 - 117 D. Einschränkung von Testierfreiheit und Privatautonomie.
117 E. Aushöhlung des Eigentums.
117 - 118 F. Übergesetzlicher Berufungsgrund.
118 - 119 G. Anwachsen der Gerichtsverfahren.
119 - 120 H. Familienfrieden.
120 - 121 J. Klarstellungspflicht des Jungbauern.
121 K. Behinderung des Generationenwechsels.

122 § 11 Ergebnis.

ZWEITER TEIL

123 - 127 § 12 Formalismus und Formerweichung.

123 - 124 I. Behandlung der Formfehler in der Rechtsprechung.

124 II. Divergierende Entscheidungsreihen auf Grund gesetzlicher Formstrenge.

124 - 126 III. Testamentsgesetz.

126 - 127 IV. Divergierende Entscheidungsreihen ohne gesetzliche Formstrenge.

127 - 129 § 13 Interesse an der Aufrechterhaltung letztwilliger Verfügungen.

127 I. Irreparabilität nach dem Tod des Erblassers.

127 - 128 II. Beeinträchtigung der Interessen des Erblassers und des Bedachten.

128 III. Nichtigkeitssanktion trifft nicht den Verantwortlichen.

128 IV. Ersatzanspruch kein Ausgleich.

128 - 129 V. Erschütterung des Vertrauens in die Behörden.

129 - 131 § 14 Zweck der Formvorschriften.

129 I. Gegenstand des Testieraktes ist ein ganzes Vermögen.

129 II. Erblasser kann Unklarheiten nicht mehr beheben.

130 III. Abgrenzung zu Entwürfen.

130 - 131 IV. Verhinderung der Beeinflussung.

131 - 135 § 15 Vorzüge des öffentlichen Testaments.

132 - 133 I. Verhinderung pflichtwidriger Verfügungen.

133 II. Vermeidung würdeloser Testierakte.

133 III. Keine Möglichkeit der Testamentsunterdrückung.

133 - 134 IV. Verhinderung von Echtheitsprozessen.

134 V. Keine Auffindungsschwierigkeiten.

134 VI. Vermeidung von Fehlern, die auf Unkenntnis der Formerfordernisse des eigenhändigen Testaments beruhen.

134 VII. Klare Unterscheidung von Entwürfen.

134 - 135 VIII. Klarheit des Ausdrucks.

136 - 154 § 16 Mögliche Massnahmen.

136 I. Vorschläge des Erbrechtsausschusses.
136 - 137 II. Lösung des Testamentsgesetzes.
137 III. Untersuchung der Art der häufigsten Formfehler im Hinblick auf die Abhilfemöglichkeit.
138 A. Nichtbeachtung des § 2242 III BGB.
140 - 143 1) Beschluss des KG vom 29.6.1939.
143 - 148 2) Beschluss des KG vom 11.12.1941.
148 - 149 B. Nichtbeachtung des § 2242 IV BGB. Urteil des BGH vom 21.3.1955.
149 C. Nichtbeachtung des § 177 III FGG. Beschluss des BayObLG vom 2.9. 1955.
150 D. Zusammenfassung.
150 - 154 IV. Lösungsvorschlag.
150 - 151 A. Ablehnung neuer Sollvorschriften.
152 B. Ablehnung nachträglicher Berichtigung.
152 C. Ablehnung der Durchsicht des Testaments bei der Einlieferung.
152 D. Ablehnung ungebundener Auslegung.
152 - 154 E. Ausdehnung der Generalklausel des § 2249 IV BGB.

*

155 § 17 Gesamtzusammenfassung.

§ 1. Einleitung

In jüngster Zeit hat sich eine im Schuldrecht entwickelte Rechtsprechung über das Höferecht auf das Erbrecht ausgedehnt, die im Namen der Billigkeit formbedürftigen, aber formlos abgeschlossenen Rechtsgeschäften volle Wirksamkeit zuerkennt. So wurde jetzt unter bestimmten Voraussetzungen die Berufung des Erben eines Bauernhofes durch formlosen Übergabe(vor)vertrag oder Erbvertrag für möglich gehalten.

Sollte diese Rechtsprechung trotz der überwiegenden Ablehnung des Schrifttums Bestand haben (1) und sich gar in einer gesetzlichen Regelung niederschlagen, dann kann sie nicht ohne Auswirkung bleiben auf die Beurteilung einzelner Formfehler im Recht der Verfügungen von Todes wegen. Mag dieser Einfluss auch nicht zwingend und unmittelbar sein, so gibt die neue Rechtsprechung doch einen verstärkten Impuls in dieser Richtung.

Denn es wäre widersinnig, wenn man einerseits die Einsetzung eines Hoferben durch mündlichen Erbvertrag zuliesse, andererseits einem beurkundeten Vertrag die Wirksamkeit versagen wollte, weil der Notar nur die Erklärung des Erblassers protokolliert hat, er könne nicht mehr (unter)schreiben, anstatt, wie dies § 2242 III 1 BGB verlangt, seine Überzeugung von der Schreibunfähigkeit des Erblassers zu beurkunden (2).

Die beiden dergestalt in Beziehung stehenden Fragenkomplexe sind Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

---

1) In dem nach Abschluss vorl. Arbeit veröff. Urteil vom 18.10.1961 (RdL 62, 18 ff.) hält der BGH ohne Einschränkung an den bisher gewonnenen Grundsätzen fest.

2) Humbert I S. 1859.

ERSTER TEIL

§ 2. Die Maximen der neuen Rechtsprechung

I. Der BGH hat sich bereits in mehreren Entscheidungen zu der Möglichkeit bekannt, im Höferecht Übergabevorverträge, Übergabeverträge und Erbverträge formlos abzuschliessen (1). Einige norddeutsche Oberlandesgerichte sind dieser Rechtsprechung gefolgt, darunter diejenigen mit dem weitaus stärksten Geschäftsanfall an Landwirtschaftssachen, die Oberlandesgerichte Hamm und Celle (2). Ablehnende Entscheidungen anderer OLG sind bisher nicht bekannt geworden.

---

1) Beschl. v. 16. 2.1954 -V Blw 60/53- BGHZ 12, 286 = DNotZ 54, 307 = LM Nr. 12 zu § 7 HöfeO = NJW 54, 1241 = RdL 54, 183;
Beschl. v. 16. 2.1954 -V Blw 64/53- LM Nr. 13 zu § 7 HöfeO = MDR 54, 410 = RdL 54, 159;
Beschl. v. 7. 7.1954 -V Blw 27/54- unter Berufung auf den erstgenannten Beschl. lt. RdL 54, 266;
Beschl. v. 9. 2.1955 -V Blw 59/54- DNotZ 56, 134 = FamRZ 55, 171 = LM Nr. 14 zu § 7 HöfeO = NJW 55, 1065 = RdL 55, 109;
Beschl. v. 3. 5.1955 -V Blw 75/54- DNotZ 56, 138 = LM Nr. 15 zu § 7 HöfeO = RdL 55, 197;
Beschl. v. 5. 2.1957 -V Blw 61/57- worin der BGH ausführt, der Beschluss des OLG Celle, DNotZ 56, 659, verstosse nicht gegen seine Rspr.;
Beschl. v. 5. 2.1957 -V Blw 37/56- BGHZ 23, 249 = FamRZ 57, 310 = NJW 57, 787 = RdL 57, 96; Leitsatz DNotZ 57, 619 Nr. 15;
Beschl. v. 10.12.1957 -V Blw 31/57- DNotZ 58, 158 = RdL 58, 39;
Beschl. v. 28. 1.1958 -V Blw 46/47- RdL 58, 72;
Beschl. v. 8. 1.1959 -III ZR 222/57- RdL 59, 179;
Urteil v. 18.10.1961 -V ZR 230/60- RdL 62, 18, veröff. nach Abschluss vorliegender Arbeit.

2) OLG Celle v. 12. 3.1956 - 7 Wlw 32/56- DNotZ 56, 429;
" v. 4. 6.1956 - 7 Wlw 57/56- DNotZ 56, 492;
" v. 17. 9.1956 - 7 Wlw 107/56- DNotZ 56, 659;
" v. 14.10.1957 - 7 Wlw 52/57- DnotZ 56, 160;
" v. 14.10.1957 - 7 Wlw 101/57- RdL 57, 328;
" v. 29. 5.1961 - 7 Wlw 85/60- RdL 61, 292;
OLG Hamm v. 23. 6.1954 -10 Wlw 169/55- DnotZ 56, 317;
" v. 30.10.1956 -10 Wlw 9/56- RdL 57, 75;

II. Die genannten Entscheidungen sind allerdings auf den Bereich der enemaligen britischen Besatzungszone beschränkt, also auf die Bundesländer Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein und Hamburg. Für dieses Gebiet ist mit Wirkung vom 24.4.1947 eine neue Höfeordnung in Kraft getreten. Sie ist als Anlage B zur Verordnung Nr. 84 der Militärregierung erlassen worden, die ihrerseits auf der durch Art. XI des KRG vom 20.2.1947 an die Zonenbefehlshaber erteilten Ermächtigung beruhte, das gesamte Landwirtschaftsrecht neu zu regeln. Gleichzeitig wurde durch das KRG die nationalsozialistische Gesetzgebung auf dem Gebiete des Landwirtschaftsrechts beseitigt, somit auch das Reichserbhofgesetz, das das Höferecht für das Deutsche Reich mit Wirkung vom 1.10.1933 geregelt hatte.

Durch die Höfeordnung sollen landwirtschaftliche Betriebe geschlossen als Höfe erhalten werden, indem sie nur auf einen Hoferben, den Anerben, übergehen und die anderen Miterben abgefunden werden. Hierdurch - wie durch die gesamte Landwirtschaftsgesetzgebung überhaupt - soll eine im öffentlichen Interesse unerwünschte Zersplitterung des Bodens und die damit verbundene Ertragsminderung vermieden und die Erhaltung eines gesunden Bauernstandes sowie die Sicherung der Volksernährung gewährleistet werden.

OLG Hamm v. 17.12.1957 -10 Wlw 175/57- RdL 58, 41;
" v. 20.12.1960 -10 Wlw 51/60- RdL 61, 124;
OLG Oldenburg v. 16. 5.1957 - 3 Wlw 14/57- RdL 57, 210;
OLG Schleswig v. 28. 9.1955 - 3 Wlw 66/55- RdL 55, 330;
" v. 24. 2.1956 - 3 Wlw 104/55- RdL 56, 171;
" v. 22.11.1956 - 3 Wlw 88/56- Schl.HA 57, 278;
" v. 17. 1.1957 - 3 Wlw 5/56- Schl.HA 57, 188;
" v. 17. 1.1957 - 3 Wlw 127/56- Schl.HA 57, 350;
" v. 7. 2.1957 - 3 Wlw 126/56- Schl.HA 58, 16.

Andere Länder haben fakultatives Anerbenrecht eingeführt. Gegenwärtig umfasst das Höferecht im Bundesgebiet ausser der HöfeOBrZ:

a) in Bremen das Bremische Höfegesetz in der Fassung vom 19.7.1948;

b) in Hessen die Landgüterverordnung vom 1.7.1887 in der Fassung vom 1.12.1947;

c) im früheren Lande Württemberg-Baden das Anerbengesetz vom 14.2.1930;

d) im früheren Lande Südbaden das Gesetz vom 20.8.1898 über die geschlossenen Hofgüter;

e) im früheren Lande Württemberg-Hohenzollern das Württembergische Anerbengesetz vom 14.2.1930;

f) in Rheinland-Pfalz das Höfegesetz vom 7.10.1953.

Ein Bundeshöfegesetz wird seit langem vorbereitet, ist indes noch nicht zu erwarten, da die Neuregelung schwierig ist und gegensätzliche Rechtsanschauungen bestehen (1).

III. In dem grundlegenden ersten Beschluss vom 16.2.1954 hat der BGH folgende Leitsätze aufgestellt:

a) Hat der Hofeigentümer durch Art, Umfang und Dauer der Beschäftigung eines Abkömmlings auf dem Hof zu erkennen gegeben, dass dieser den Hof übernehmen soll und hat der Abkömmling sich hierauf eingestellt, so kann darin eine Vereinbarung über die künftige Hofnachfolge dieses Abkömmlings und zugleich eine Bestimmung zum Hoferben liegen.

b) An eine solche regelmässig wegen Formmangels

---

1) Vgl. Lange in Lange-Wulff, Vorwort S. V.

nichtige Vereinbarung kann der Hofeigentümer nach Treu und Glauben rechtlich gebunden sein; diese Bindung kann jedoch wieder entfallen, wenn besondere Umstände die Wahl eines anderen Hoferben rechtfertigen.

c) Der in der unter b) bezeichneten Weise zum Hoferben bestimmte Abkömmling wird durch eine spätere abweichende Hoferbenbestimmung in seinem Recht beeinträchtigt und ist daher beschwerdeberechtigt.

In dem Beschluss vom 9.2.1955 hat der BGH den Wunsch nach einer vernünftigen Begrenzung dieser Rechtsprechung in der Forderung zum Ausdruck gebracht, dass an die Wirksamkeit einer formlosen Vereinbarung über die Hoferbfolge, die nur nach umfassender Aufklärung des Sachverhaltes beurteilt werden könne, strenge Anforderungen zu stellen seien. Eine Bindung des Erblassers will der BGH nur bejahen, wenn eine Verneinung der Bindung das Rechtsempfinden vor allem in bäuerlichen Kreisen erheblich verletzen würde.

In folgerichtiger Fortführung seiner Rechtsprechung hat der BGH sodann mit dem Beschluss vom 5.2.1957 die für den Übergabe(vor)vertrag gewonnenen Grundsätze auf den Erbvertrag ausgedehnt.

§ 3. Lebenssachverhalt

I. Der Beschluss vom 16.2.1954 erging unter dem Eindruck einer Härtelage, wie sie sich ähnlich im Zuge

der bäuerlichen Generationenfolge immer wieder entwickeln kann:

Der Sohn eines niedersächsischen Bauern blieb als einziges von neun Kindern auf dem väterlichen Hof, wo er seit seiner Jugend gelebt und gearbeitet hatte. Zeitweise bewirtschaftete er das Anwesen selbständig und wurde deshalb vom Kriegsdienst freigestellt. Im Jahre 1937 schloss er auf dem Hof die Ehe, aus der fünf Kinder hervorgingen.

Der Hofeigentümer hatte ihn zunächst zum Nachfolger ausersehen und sich, ebenso wie seine Ehefrau, wiederholt in diesem Sinne geäussert; er duldete auch, dass der Jungbauer seine Lebensführung auf die spätere Übernahme des Hofes einstellte. Der nach dem Gesetz erstberufene Bruder war 1943 gefallen, die noch vorhandenen Söhne hatten landwirtschaftsfremde Berufe ergriffen.

Um 1948 kam es jedoch zu Spannungen zwischen Vater und Sohn, die überwiegend durch den Starrsinn des Hofeigentümers hervorgerufen und verschärft wurden, und im Jahre 1951 schloss der damals 70jährige Altbauer einen Übergabevertrag mit seiner Tochter, die selbst mit einem Hofbesitzer verheiratet war.

Das Amtsgericht (Landwirtschaftsgericht) lehnte die Genehmigung dieses Übergabevertrages ab. Die sofortige Beschwerde des Altbauern zum OLG und die Rechtsbeschwerde zum BGH blieben erfolglos (1).

II. Zur Abrundung des Bildes sei noch der Sachverhalt geschildert, der dem Beschluss vom 5.2.1957 zugrunde lag:

Ein 82jähriger, unverheirateter Hofeigentümer aus Nordrhein-Westfalen hatte durch privatschriftlichen Vertrag vom 31.5.1946 den grössten Teil seines Hofes an den einzigen Sohn seiner verstorbenen Schwester, einen verheirateten Landwirt mit 4 Kindern, verpachtet.

In dem mit "Pachtvertrag" überschriebenen Schriftstück heißt es u.a.:

"Die Pacht endigt mit dem Tode des Verpächters durch Übergang des Eigentums des Hofes auf den Pächter. Eine Kündigung des Vertrages ist bis dahin für beide Teile ausgeschlossen."

Alsbald kam es zwischen den Beteiligten zu Zwistigkeiten und zu völligem Bruch.

Der Neffe führte nun die Genehmigung des Pachtvertrages durch den damaligen Kreisbauernvorsteher nach Art. IV KRG Nr. 45 herbei. Die Beschwerde des Hofeigentümers wurde von beiden Instanzen verworfen.

Darauf adoptierte der Altbauer im Jahre 1948 den 9jährigen Sohn seines Verwalters, wohl in der Absicht, den Neffen aus seinem gesetzlichen Erbrecht nach § 5 Zif. 5 HöfeO zu verdrängen.

Dieser stellte nun seinerseits den Antrag, die schriftliche Vereinbarung als Übergabevertrag, hilfsweise als Übergabevorvertrag, gerichtlich zu genehmigen, was gemäss § 17 II HöfeO die auf §§ 5 Zif.1, 6 II 2 HöfeO beruhende Hoferbfolge des Adoptivsohnes ausgeschlossen hätte.

Er trug dazu vor, sein Onkel habe ihn nach Kriegsende auf den Hof geholt, der sich in einer verzweifelten Lage befunden habe. Er selbst habe damals die sichere Anwartschaft seiner Ehefrau auf den Hof ihres Vaters aufgegeben und sei auf das Anwesen des Onkels gezogen, dessen einziger gesetzlicher Erbe er gewesen sei.

Während das Amtsgericht diesem Antrag nicht stattgab, verwies das OLG die Sache auf die sofortige Beschwerde des Antragstellers unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses an das Amtsgericht zurück zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts (und zur Prüfung, ob nicht ein formloser Erbvertrag vorliege).

Mit dem Beschluss, mit dem er die Rechtsbeschwerde des Hofeigentümers zurückwies, trat der BGH der Beurteilung des OLG bei.

§ 4. Die frühere Rechtsprechung.

I. Um den Bauernstand gesund zu erhalten und die ordnungsgemässe Ernährung des Volkes zu sichern, sind Verfügungen über land- und forstwirtschaftliche Grundstücke weitgehenden Beschränkungen unterworfen. Jede Belastung land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes mit einem Grundpfandrecht, vor allem aber jede Veräusserung, bedarf gemäß Art. IV-VI KRG Nr.45 (für die britische Zone in Verbindung mit MRVO Nr.84 Art. VI) grundsätzlich der behördlichen Genehmigung (das KRG verliert gemäß § 39 des Grundstücksver-

kehrsgesetzes vom 28.8.1961 - BGBl. I 1091 - mit Ausnahme der Übergangsvorschrift in Art. II seine Wirksamkeit. Das GrdstVG tritt am 1.1.1962 in Kraft und enthält entsprechende Bestimmungen).

Genehmigungsbedürftig sind nur Rechtsgeschäfte unter Lebenden. Das Erfordernis der Genehmigung ist eine Verfügungsbeschränkung, die Erteilung der Genehmigung die Beseitigung der Verfügungsbeschränkung (1); bis sie vorliegt, ist das Geschäft schwebend unwirksam (2). Die Genehmigung wird grundsätzlich von den Landwirtschaftsbehörden erteilt. Eine Ausnahme gilt u.a. für die Genehmigung eines Hofübergabevertrages, für die gemäß § 17 III HöfeO das Landwirtschaftsgericht zuständig ist. (Über die Zuständigkeit der Gerichte siehe §§ 1 Ziff. 5, 2 I des Gesetzes über das gerichtliche Verf. in Landwirtschaftssachen vom 21.7.1953 (BGBl I S. 667).) Das beruht auf Zweckmässigkeitsgründen, weil die Zuständigkeit des Landwirtschaftsgerichts auch im Verfahren nach der HöfeO gegeben ist, die unabhängig von der Genehmigung nach den Grundstücksvorschriften für gewisse Fälle eine Zustimmung (3) vorsieht, nämlich bei Verfügungen von Todes wegen und Übergabeverträgen über Höfe und Hofgrundstücke, insbesondere, wenn der Hofeigentümer seine

---

1) Vgl. OGHZ 2, 303 und 2, 316.

2) OLG München RdL 49, 114; OLG Hamm JMBlNRW 48, 51.

3) Über Zustimmung und Genehmigung, insbesondere ihre Unterscheidung, vgl. Pritsch S. 297 ff., sowie Schulte III S. 53 ff und IV S. 180.

sämtlichen Abkömmlinge als Hoferben übergehen will (§ 7 II HöfeO; vgl. weiter §§ 8 II 2, III 3, IV 2, 16 I 2, 17 I HöfeO).

Die Genehmigung kann nur aus den gesetzlich vorgesehenen Gründen versagt werden, die öffentlich-rechtlicher Art sind (1).

Für die Zustimmung gibt das Gesetz keinen Versagungsgrund. Im Gesetz ist auch nicht geregelt, unter welchen Voraussetzungen sie erteilt werden darf. Im Schrifttum und in der Rechtsprechung hat sich die einhellige Meinung herausgebildet, dass ein triftiger Grund vorliegen muss, das heisst ein Grund, der es bei verständiger und vernünftiger Würdigung der gesamten Umstände des Falles als angezeigt erscheinen lässt, die vom Erblasser gewollte Regelung zu billigen (2). Dieser Grund kann und wird in der Regel in den privaten Belangen der Beteiligten liegen.

Die Rechtswirksamkeit des zu genehmigenden Rechtsgeschäfts ist im Genehmigungs- und Zustimmungsverfahren grundsätzlich nicht zu prüfen, da das Landwirtschaftsgericht nur für Streitigkeiten zuständig ist, die sich bei Anwendung der HöfeO, nicht des allgemeinen Rechts ergeben (3). Doch rechtfertigt offensichtliche Rechtsunwirksamkeit (über die endgültig nur das Prozessgericht entscheiden kann) aus Gründen

---

1) Vgl. Art. IV Nr. 4 KRG 45, Art. III Nr. 5 MRVO 84.

2) OLG Celle NdsRpfl. 49, 176; OLG Hamm JMBlNRW 49, 134; Schulte III S. 56; OLG Hamm RdL 59, 152.

3) Vgl. § 18 I HöfeO; über die Zuständigkeitsabgrenzung zw. Landwirtschafts- und Prozessgericht s. Schulte IV S. 180.

der Prozessökonomie die Versagung der Genehmigung oder Zustimmung (1).

II. Von diesem Versagungsrecht nun hatten die Vorinstanzen des auf Seite 18 geschilderten Verfahrens (Beschluss vom 16.2.1954) Gebrauch gemacht und sich dabei auf die Nichtigkeit (§ 138 BGB) des vom Bauern mit seiner Tochter abgeschlossenen Übergabevertrages berufen.

Mit dieser rechtlichen Beurteilung der Vorfrage knüpften sie an eine Rechtsprechung an, die schon früher zur Vermeidung ähnlich harter Fälle gedient und den Hofeigentümer ebenso wie bei Verfügungen von Todes wegen gehindert hatte, sein Hoferbenbestimmungsrecht bei Übergabeverträgen zu missbrauchen (2).

Ihren gesetzlichen Anhaltspunkt fand diese Rechtsprechung im Abs. 2 des § 48 TestG (3). Diese Vorschrift wurde vom TestG neu eingeführt, das im übrigen nur formelle Fragen regelte. Wurde einerseits durch die Lockerung der Formvorschriften (vgl. unten S. 136) das privatschriftliche Testieren erleichtert, so hielt man andererseits im natio-

---

1) Schulte III S. 53, 54 und IV S. 180; OGHZ 2, 303.

2) REHG 6, 138 und 7, 362; OGHZ 3, 188; BGH RdL 54, 78.

3) "Eine Verfügung von Todes wegen ist nichtig, soweit sie in einer gesundem Volksempfinden gröblich widersprechenden Weise gegen die Rücksichten verstösst, die ein verantwortungsbewusster Erblasser gegen Familie und Volksgemeinschaft zu nehmen hat."

nalsozialistischen Staat eine Beschränkung der individuellen Gestaltungsfreiheit und eine Herausstellung des Pflichtgedankens für erforderlich. Dieses verstärkte Verlangen nach Pflichtmässigkeit unterschied § 48 TestG wesensmässig von § 138 BGB und liess ihn daher nach h.M. nicht nur als dessen erbrechtliches Gegenstück erscheinen (1).

Als § 48 II TestG durch KRG Nr. 37 vom 30.10.1946 mit Wirkung ab 5.11.1946 aufgehoben wurde und mit dem neuen Landwirtschaftsrecht die strengen Bindungen des Reichserbhofrechts entfielen, wagte man zunächst nicht, die durch § 7 I HöfeO (2) sanktionierte Erbenbestimmungsfreiheit des Hofeigentümers zu beschränken (3). Erst allmählich kam man dazu, einer Hoferbenbestimmung gemäss § 138 BGB die Rechtswirkung zu versagen, wenn sie gegen die guten Sitten verstiess oder einen groben Missbrauch des freien Bestimmungsrechts darstellte (4).

III. Bereits an diesem Punkt setzt die Kritik ein, die sich gegen die neue Rechtsprechung des BGH wendet:

Pikalo (5) hält es für besonders schwer, auf Grund der allgemeinen Bestimmung des § 138 BGB einen Sitten-

---

1) Vgl. Firsching in Staud. Vorbem. 39-44 vor § 2229.

2) "Der Eigentümer kann den Hoferben durch Verfügung von Todes wegen frei bestimmen oder ihm den Hof im Wege der vorweggenommenen Erbfolge (Übergabevertrag) übergeben."

3) Rötelmann II S. 1644; Herminghausen S.136.

4) Wöhrmann I § 7 HöfeO, S. 138 f.; OGHZ 3, 158; BGH LM Nr. 2 zu § 2065 BGB = RdL 54, 79; Rötelmann II S. 1644.

5) Pikalo I S. 195.

verstoss anzunehmen, nachdem die Lenkungsvorschrift des § 48 II TestG, die ein solches Ergebnis eher gerechtfertigt habe, ausser Kraft gesetzt worden ist. Auch vertrage das Recht der freien Hoferbenbestimmung gemäss § 7 HöfeO keine Einengung.

Diese Meinung teilt Wieacker (1). Solange der Gesetzgeber nicht eine Vorschrift einführe, die berechtigte Erwartungen langjährig irregeführter Erbanwärter berücksichtige, etwa im Sinne des § 17 III HöfeO Rhld.-Pfalz vom 7.10.1953 (2), stehe es dem Richter nicht zu, Entscheidungen zu fällen, deren Maxime keine andere sein könne als die des § 48 II TestG. Der neu gewonnene Zustand der Sachlichkeit und Sicherheit des Rechts dürfe nicht durch den Richter im Namen des in langjähriger Billigkeitsgesetzgebung missbrauchten Volksempfindens wieder beseitigt werden.

Auch Humbert (3) und Wöhrmann (4) halten die Beiziehung des § 138 BGB für bedenklich, weil gerade der Gesetzgeber der HöfeO zu erkennen gegeben habe, dass er dem Bauern in der Auswahl seines Hoferben freie Hand lassen wolle, soweit nicht sämtliche Abkömmlinge übergangen werden.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die missbräuchliche Ausübung eines Rechts niemals Schutz

---

1) Wieacker I S. 116, 117.

2) "Hat der Erblasser durch Art und Umfang der Beschäftigung eines Kindes auf dem Hof erkennen lassen, dass dieses Kind den Hof übernehmen soll, so geht es allen anderen Kindern vor."

3) Humbert I S. 1860.

4) Wöhrmann I § 7 HöfeO Anm. 3.

finden kann. Der Erblasser ist auch jetzt nicht von jeder Rücksichtnahme und Verantwortung gegenüber seinen Angehörigen entbunden. Zwar ist die Bestimmung des Hofnachfolgers heute fast ebenso frei, wie die Einsetzung jedes anderen Erben. Das bedeutet aber nicht, dass nicht hier wie dort gewisse Grenzen eingehalten werden müssen, die dann überschritten werden, wenn die freie Rechtsausübung zum Rechtsmissbrauch wird (1). Der Zweck des § 7 HöfeO, die bestmögliche Auswahl des Hoferben zu gewährleisten, würde durch die Zulassung schrankenloser Willkür vereitelt werden (2).

Im übrigen kommt der Anwendung des § 138 BGB jedenfalls im Zusammenhang mit den Fällen, die den BGH bewogen, über die frühere Rechtsprechung hinaus zu gehen (vgl. unten S. 28 f.), keine gesonderte Bedeutung zu. Sie wird vielmehr völlig überschattet von der Anerkennung formloser Vereinbarungen über die Hoffolge, aus deren Existenz sich dann die Behandlung später liegender, anderweitiger Hoferbenbestimmungen von selbst ergibt (vgl. unten S. 81 ff.).

§ 5. Die Rechtsprechung des BGH

Der BGH geht mit der Zulassung formloser Hoffolge-

---

1) Vgl. Kregel in RGRK Anm. 10 vor § 2229 und Firsching in Staud. Vorbem. 44 vor § 2229; Lange in Lange-Wulff § 7 Anm. 94 e sowie BGH, Beschl. v. 28.1.58 in LM Nr. 18 zu § 7 HöfeO mit weiteren Angaben.

2) Rötelmann II S. 1645.

vereinbarungen über die Anwendung des Missbrauchsgedankens hinaus, da der Gesichtspunkt der Nichtigkeit eines anderweitigen Übergabe- oder Erbvertrages allein nicht immer zu einem das Rechtsgefühl befriedigenden Ergebnis führen kann.

Würde das Landwirtschaftsgericht einem Übergabe- oder Erbvertrag die Genehmigung bzw. Zustimmung wegen Missbrauchs des freien Bestimmungsrechts versagen, so wäre nämlich dem übergangenen Hofbewerber damit nur gedient, wenn beim Tode des Bauern die gesetzliche Hoferbfolge eintreten und er selbst der nächstberufene gesetzliche Erbe sein würde. Im Genehmigungsverfahren wäre zudem keineswegs sicher, dass das Landwirtschaftsgericht die Genehmigung versagte, denn im Genehmigungs- und Zustimmungsverfahren ist nur eine offensichtliche Nichtigkeit zu berücksichtigen, und die Landwirtschaftsgerichte sind zur Versagung nur berechtigt, nicht aber verpflichtet (1). Ferner wäre es möglich, dass der Missbrauch des Bestimmungsrechts dem Landwirtschaftsgericht überhaupt verborgen bliebe, da der Benachteiligte im Regelfalle nicht an dem Übergabevertrag beteiligt ist. Er könnte aus diesem Grunde auch nicht einmal im Wege der Beschwerde gegen die die Genehmigung erteilende Entscheidung des Landwirtschaftsgerichts vorgehen, da er nicht in einem ihm zustehenden Recht beeinträchtigt wäre.

---

1) BGH, Beschl. v. 16.2.1954, BGHZ 23, 286 ff. (295 f.).
2) BGHZ 23, 286 ff. (297).

Diese Gesichtspunkte haben den BGH veranlasst, dem übergangenen Abkömmling ein eigenes Recht aus einer formlos abgeschlossenen Vereinbarung zuzusprechen, das ihm im Genehmigungs- und Zustimmungsverfahren die Möglichkeit gibt, gegen den Missbrauch des freien Bestimmungsrechts vorzugehen.

Natürlich wird ein Sachverhalt, der die Annahme einer formlosen Vereinbarung rechtfertigt, gewöhnlich zugleich auch die Sittenwidrigkeit einer anderweitigen Verfügung von Todes wegen begründen (1). Doch kommt es hierauf nicht wesentlich an, da schon das Vorhandensein einer formlosen Vereinbarung einer anderweitigen Verfügung die Wirkung nimmt (vgl. unten S. 81 ff.).

Die Annahme einer Vereinbarung über die Hoferbfolge ist der rechtlich und wirtschaftlich befriedigendste Weg, für das Rechtsgefühl untragbare Härtefälle zu vermeiden. Andere Lösungsvorschläge (2), insbesondere solche, die nur einen Geldausgleich vorsehen, können den Umständen nicht gerecht werden (3).

§ 6. Der Tatbestand der formlosen Hoffolgevereinbarung

I. Der BGH erblickt eine Vereinbarung über die Hof-

---

1) Rötelmann II, S. 1645 und I S 312; vgl. auch BGH, Beschl. v. 28.1.1958, RdL 58, 73.

2) Vgl. hierüber Thole S. 28 f.; Kroeschell S. 99 ff.

3) Vgl. BGH, Beschl v. 5.2.1957, NJW 57, 787 ff. (787)

erbfolge darin, dass der Hofeigentümer durch Art, Umfang und Dauer der Beschäftigung des Abkömmlings auf dem Hof zu erkennen gegeben hat, dass dieser den Hof übernehmen soll und der Abkömmling sich hierauf eingestellt hat.

Schon diese Formulierung zeigt, dass wir es hier, abgesehen von dem Formmangel (1), nicht mit Verträgen im üblichen Sinne zu tun haben, sondern mit weitgehend objektivierten Vereinbarungen, bei denen der Wille keine entscheidende Rolle spielt. Diese Grundtendenz der Objektivierung tritt in den Ausführungen des BGH immer wieder zutage.

II. Um feststellen zu können, wie weit die Objektivierung reicht, ist ein Überblick über die Lehre von den Willenserklärungen geboten.

A. Unserem Zivilrecht liegt das Individualprinzip zugrunde, das im klassischen römischen Recht und insbesondere im Pandektenrecht wurzelt und das Ziel verfolgt, dem Willen des einzelnen Rechtsgenossen Geltung zu verschaffen und ihm rechtsgestaltende Kraft beizumessen. Die Gründe dafür liegen in der allgemeinen Rechtsüberzeugung des Volkes von der Massgeblichkeit des Individualwillens, ferner in der Anerkennung der Fähigkeit des Menschen, seine Beziehungen zu den anderen Rechtsgenossen sinnvoll zu regeln, sowie in der durch die Verfassung garantierten Menschenwürde und Freiheit der Persönlichkeit (2).

---

1) Hierüber s. unten S. 99 ff.

2) Vgl. Hefermehl in Soergel Anm. 1, 2 vor § 116; Coing in Staud. Einl. 2a vor § 104.

Demgemäss treten Rechtsfolgen grundsätzlich ein, weil sie gewollt sind, nicht etwa, weil das objektive Recht einer durch das Verhalten der Parteien entstandenen Beziehung Rechtswirkungen beilegt, die dieser Beziehung im Rahmen der bestehenden Rechts-, Wirtschafts- und Sozialordnung sinnvollerweise entsprechen würden, so dass etwa von einem Sozialprinzip gesprochen werden könnte.

Als Ausdrucksmittel dieses Individualwillens ist demgemäss die Willenserklärung ein für das ganze Zivilrecht grundlegender Begriff. Auf dem privatrechtsgestaltenden Akt der Willenserklärung beruhen wiederum die Begriffe des Rechtsgeschäftes und des Vertrages.

B. Der Aufbau einer Willenserklärung stellt sich bei psychologischer Betrachtung wie folgt dar:

1. Der innere Tatbestand.

Hier kommen drei Elemente in Betracht:

a) Der Handlungswille, d. h. der Wille, sich in einer bestimmten Weise zu verhalten.

b) Der Geschäftswille oder Rechtsfolgewille, d. h. nach Lehmann (1) die Absicht, einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg auf rechtlichem Wege, als einen rechtlich gesicherten, zu erreichen.

Die Ausdrucksweise Lehmanns trägt offenbar der Tatsache Rechnung, dass weder die reine Rechtsfolgentheorie (wonach sich der Wille auf die Rechtsfolgen richten muss) noch die Grundfolgentheorie (wonach sich

---

1) Lehmann III § 24 I.

der Wille auf den wirtschaftlichen Erfolg richten muss) vertretbar erscheint, da sich der Wille zwar in der Regel primär auf den wirtschaftlichen Erfolg richtet, die entsprechende Rechtsfolge aber, wenn auch unklar, mitgewollt wird (1). Dabei ist die Unklarheit über die Rechtsfolge unschädlich, da deren nähere Ausgestaltung Sache der Rechtsordnung bzw. des Richters ist. Massgebend ist die Rechtswirkung, die sich bei einer zweckentsprechenden rechtlichen Ausgestaltung des erstrebten wirtschaftlichen Erfolges als gewollt ergibt (2).

Es darf aber nicht übersehen werden, dass sich bei dieser Betrachtungsweise der Geschäftswille nicht als wesensmässige Einheit darstellt. Denn es kann einmal schon daran fehlen, dass überhaupt ein wirtschaftlicher Erfolg angestrebt wird, zum anderen kann es sein, dass die Beteiligten einen wirtschaftlichen oder sozialen Erfolg anstreben, ihn aber nicht auf rechtlichem Wege erreichen wollen, so insbesondere im Bereich des gesellschaftlichen und des Gefälligkeitsverkehrs, aber auch im Geschäftsverkehr in der Form des gentleman-agreement (3).

c) Das Erklärungsbewusstsein, d. h. das Bewusstsein des Handelnden, dass aus seinem Verhalten auf einen Geschäftswillen geschlossen werden könne.

---

1) Vgl. Enn.-Nipperdey § 145 II A 1 Fn. 4.
2) Lehmann III § 24 I.
3) Vgl. Enn.-Nipperdey § 145 II A 1 b.

2. Der äussere Tatbestand.

Er besteht bei der ausdrücklichen Willenserklärung nach der herrschenden objektiven Theorie (1) in der Äusserung des Geschäftswillens mit den verkehrsüblichen Erklärungsmitteln (Sprache, Schrift, Gesten) oder den zwischen den Parteien vereinbarten.

Bei der sog. schlüssigen Willenserklärung wird der Geschäftswille nicht ausdrücklich mit den verkehrsüblichen Mitteln erklärt, sondern durch ein beliebiges Verhalten (Handeln, Unterlassen, Stillschweigen), das die Absicht erkennen lässt, dass ein vorhandener Geschäftswille kundgetan werden soll (schlüssiges Verhalten). Wer z.B. einen ihm erteilten Auftrag stillschweigend ausführt, gibt zu erkennen, dass er den Auftrag angenommen hat.

III. Prüft man die Ausführungen des BGH unter diesen Gesichtspunkten auf Objektivierungstendenzen, so darf dabei nicht vergessen werden, dass nicht alle Fälle rechtlich gleich behandelt werden können, da sich die Verhältnisse auf den Höfen ganz verschieden gestalten. Das Gesamtverhalten der Hofeigentümer wird von der gelegentlichen Äusserung einer Absicht bezüglich der Hofnachfolge über die ausdrückliche Zusage bis zur abschlägigen Erklärung reichen, neben oder in Verbindung mit einem gegenläufigen oder entsprechenden Verhalten (2).

---

1) Coing in Staud. Vorbem. 3b und 3d vor § 116.
2) Vgl. auch Thole S. 26.

Die subjektive Einstellung des Bauern kann einmal so beschaffen sein, dass er sich des Erklärungswertes seines Verhaltens überhaupt nicht bewusst ist, zum anderen kann es ihm lediglich an dem Willen fehlen, sich an die beabsichtigte und besprochene Hoffolge schon jetzt rechtlich zu binden. In beiden Fällen liegt weder ein Erklärungsbewusstsein noch ein Geschäfts- oder Rechtsfolgewille vor. Schliesslich ist es möglich, dass eine Bindung ernstlich gewollt ist, die Beteiligten aber das Formerfordernis nicht kennen oder auf die Rechtsgültigkeit des gesprochenen Wortes vertrauen.

Dementsprechend bewegen sich die Ausführungen des BGH innerhalb eines gewissen Spielraumes und müssen so verstanden werden, dass sich der BGH an den ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten erklärten Geschäftswillen des Hofeigentümers zu halten bestrebt ist, wo ein solcher vorliegt, dass er ihn jedoch nicht zum entscheidenden Kriterium erhebt und notfalls auf ihn verzichtet. Andererseits lässt der BGH nicht den Nachweis des blossen objektiven Tatbestandes einer schlüssigen Willenserklärung genügen, sondern stellt auf der objektiven Seite weitergehende Anforderungen.

Der Grund hierfür liegt nicht zuletzt darin, dass es nicht allein darum geht, den Tatbestand einer Vereinbarung zweifelsfrei festzustellen, sondern vor allem darauf ankommt, die Schwelle des § 125 BGB zu überwinden (1), wofür gewichtige Gründe vorliegen müssen.

---

1) S. unten S. 99 ff.

Es muss sich daher "um einen besonders gelagerten Fall handeln, der es geboten erscheinen lässt, trotz Nichtwahrung der gesetzlich vorgeschriebenen Form wegen des das ganze Recht beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben ausnahmsweise eine Bindung vertraglicher Art zu bejahen, weil anders das Rechtsempfinden vor allem in bäuerlichen Kreisen erheblich verletzt sein würde (1)."

Es ist also durchaus möglich, dass in den Äusserungen des Erblassers und dem Gesamtverhalten der Beteiligten eine mündliche Vereinbarung über die Hoffolge zu sehen ist, dass aber die Nichtbeachtung dieser formlosen und daher grundsätzlich nichtigen Vereinbarung doch nicht als derart unbillig erscheint, dass sie nach den vom BGH entwickelten Grundsätzen als gültig behandelt werden müsste (2).

IV. So führt der BGH im Beschluss vom 16.2.1954 folgende Punkte für die Begründung einer vertraglichen Vereinbarung an, ohne dass im einzelnen eine scharfe Trennung eingehalten wird:

1. Der Hofeigentümer habe den Jungbauern früher tatsächlich zum Hoferben ausersehen und sich, ebenso wie seine Ehefrau, wiederholt in diesem Sinne geäussert.

2. Diesen Äusserungen habe auch das eigene Verhalten des Hofeigentümers entsprochen, u. a. die Tatsache, dass er nicht den nächstberechtigten Hoferben,

---

1) BGH, Beschl. vom 9.2.1955, DNotZ 56, 134 ff. (136).
2) BGH, Beschl. vom 8.1.1959, RdL 59, 179.

sondern den Antragsgegner bei der Wehrmacht reklamiert habe.

3. Der Antragsgegner habe Zeit seines Lebens auf dem Hofe gearbeitet, dort geheiratet und ihn zeitweilig selbständig geleitet.

4. Der erstberufene Sohn sei gefallen, die anderen Geschwister hätten landfremde Berufe ergriffen.

5. Bei dieser Sachlage habe der Jungbauer davon überzeugt sein können, auf dem Hof für seine Zukunft zu arbeiten und habe annehmen müssen, er werde den Hof einmal erhalten.

6. Dies alles wiederum habe der Hofeigentümer nicht verkennen können. Er habe die Einstellung des Jungbauern auf die Hofnachfolge nicht nur geduldet, sondern ihn veranlasst, auf dem Hof zu bleiben.

Wie der BGH diese Umstände bewertet sehen will, kommt in Wendungen etwa der folgenden Art zum Ausdruck:

In dem Verhalten des Altbauern liege die "Kundgabe des Willens", den Hof diesem Abkömmling zukommen zu lassen (1). Die Verhältnisse seien ähnlich wie bei der faktischen Gesellschaft, wo die Beteiligten "ihrem Willen entsprechende Zustände" geschaffen hätten (2).

Andererseits heisst es, eine Bindung des Hofeigentümers sei durch die tatsächlichen Verhältnisse, wie sie sich entwickelt und lange Zeit bestanden hätten, sowie

---

1) BGH, Beschl. v. 16.2.1954, BGHZ 12, 286 ff. (298).
2) BGH a.a.O. S. 304.

insbesondere durch das eigene Verhalten des Altbauern zustande gekommen (1). Die Entwicklung der Dinge sei auf die rechtlichen Beziehungen der Beteiligten nicht ohne Einfluss geblieben (2). Auch das Reichserbhofgericht habe angenommen, dass aus tatsächlichen Vorgängen in Verbindung mit einem formlosen Versprechen bezüglich der Hofnachfolge Rechtsbeziehungen zwischen Bauer und Versprechensempfänger entstehen könnten (3).

Wenngleich sich hier eine starke Gewichtsverlagerung zum Objektiven hin abzeichnet, wird durch diese Ausführungen noch nicht die Ansicht Schultes (4) widerlegt, der meint, es sei unabdingbare Voraussetzung für die Annahme einer Bindung, dass der Hofeigentümer diese Bindung gewollt habe, wenngleich er sie zur Zeit der Gerichtsentscheidung nicht mehr wolle.

Der BGH hat jedoch weitere Ausführungen gemacht, die erkennen lassen, dass der Geschäftswille nicht zum entscheidenden Kriterium erhoben werden soll, ja, dass gegebenenfalls auf ihn verzichtet werden kann.

So wird im Beschluss vom 16.2.1954 darauf hingewiesen, dass nach bäuerlicher Auffassung derjenige Abkömmling, der ständig auf dem Hof gearbeitet und dort geheiratet hat, und der seit Jahren zum Hofnachfolger ausersehen war, den Hof tatsächlich erhalten solle. Der BGH nennt

---

1) BGH, Beschl. v. 16.2.1954, BGHZ 12, 286 ff. (298).
2) BGH a.a.O. S. 299.
3) BGH a.a.O. S. 302.
4) Schulte V S. 362.

in diesem Zusammenhang § 17 III HöfeO Rhld.-Pf. (1), in dem sich diese Auffassung niedergeschlagen habe, eine Bestimmung, die nicht vom Willen des Erblassers spricht, sondern lediglich auf bestimmte Tatbestände abstellt (2).

Der BGH weist sodann auf die enge Bindung des Hofeigentümers an seine Abkömmlinge hin, die gemäss § 7 II HöfeO (3) nicht ohne Zustimmung des Gerichts übergangen werden dürfen.

Ausserdem meint das Gericht, die bäuerliche Lebensordnung fordere eine rechtzeitige Übergabe. Es zitiert den früheren § 43 EHFV (4), wonach ein Hofeigentümer gezwungen werden konnte, den Hof zu Lebzeiten an eine jüngere Kraft abzugeben. Das sei jetzt als Pflicht des Hofbauern in § 11 III b HöfeO Rhld.-Pf. (5) festgelegt worden, und es sei auch bei der Ausarbeitung der HöfeO der britischen Zone ernstlich erwogen worden,

---

1) Vgl. BGH, Beschl. v. 16.2.1954, BGHZ 12, 286 ff. (300).

2) Vgl. oben S. 26 Fn. 2; Roemer S. 287.

3) "I Der Eigentümer kann den Hoferben durch Verfügung von Todes wegen frei bestimmen oder ihm den Hof im Wege der vorweggenommenen Erbfolge (Übergabevertrag) übergeben.
II Er bedarf hierzu, unbeschadet sonstiger Vorschriften, der Zustimmung des Gerichts, wenn er seine sämtlichen Abkömmlinge als Hoferben übergehen will."

4) § 43 I der Erbhoffortbildungsverordnung (EHFV) vom 30.9.1943 lautete:
"Unterlässt es der Hofeigentümer entgegen der bäuerlichen Lebensordnung, den Erbhof an den Anerben zu übergeben, so kann das Anerbengericht auf Antrag des Landesbauernführers den Erbhof auf den gesetzlichen oder bestimmten Anerben übertragen."
(s. BGH a.a.O. S. 305)

5) "Zur Erhaltung der Leistungsfähigkeit des Hofes soll der Hofbauer rechtzeitig Vorsorge treffen, dass ein zeitiger Übergang des Hofes an den Hoferben ermöglicht wird."

§ 43 EHFV inhaltlich beizubehalten. Wenn auch der Gesetzgeber eine entsprechende Bestimmung nicht wieder eingeführt habe, so habe doch von jeher die Auffassung bestanden, dass der Generationswechsel auf Bauernhöfen im öffentlichen Interesse und dem der Beteiligten zu fördern sei.

Ein Blick auf die späteren Entscheidungen des BGH bestätigt die oben (S. 34) dargelegte gedankliche Leitlinie:

Im Beschluss vom 9.2.1955 erklärt der BGH, eine einseitige mündliche Anordnung über die Hoferbfolge habe keine rechtliche Wirkung. Auch eine mündliche Vereinbarung allein könne nicht rechtserheblich sein, wenn sie nicht durch ein entsprechendes Verhalten von längerer Dauer bestätigt werde (1). Anstelle des Verhaltens genüge es, wenn der Abkömmling auf Grund der Zusage ein erhebliches Opfer gebracht habe, indem er entweder von der Schaffung einer anderweitigen Existenz Abstand genommen oder eine sichere Lebensstellung für sich und seine Familie aufgegeben habe.

Im Beschluss vom 5.2.1957 schliesslich kommt der Verzicht auf den Willen ganz deutlich zum Ausdruck:

Ein Vertrag, also auch eine Vereinbarung über die Hoferbfolge, setze grundsätzlich übereinstimmende Willenserklärungen bzw. ein übereinstimmendes willentliches Verhalten voraus. Ein Hofeigentümer, der ein Verhalten an den Tag lege, aus dem in Verbindung mit dem Verhalten des in Aussicht genommenen Hoferben

---

1) BGH, Beschl. v. 9.2.1955, DNotZ 56, 134 ff. (137).

eine Vereinbarung über die Hoferbfolge gefolgert werden müsse, könne sich nicht darauf berufen, dass er einen entsprechenden Willen nicht gehabt habe (1).

Und weiter heisst es:

Der BGH habe in Anlehnung an die Ausführungen von Tasche (2) und Larenz (3) anerkannt, dass Vertragsverhältnisse nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auch durch tatsächliche Vorgänge, nicht nur durch auf die Rechtsfolgen gerichtete rechtsgeschäftliche Erklärungen begründet werden können (4). Die im Bauernstand seit langem verbreitete Übung, die Erbfolge in den Hof schon bei Lebzeiten bindend zu regeln, lege eine Übertragung der Gedankengänge von den Erscheinungen des Massenverkehrs auf typische Vorgänge auf dem Gebiete des Höferechts nahe.

Angesichts dieser Stellungnahme muss selbst Schulte (5) zugeben, dass "die Entscheidung weitere Ausführungen enthält, die mit dem klaren Abstellen auf den Willen im Widerspruch zu stehen scheinen." Diese könnten so verstanden werden, als ob in erster Linie auf den als erklärt festgestellten Willen des Bauern abgehoben, hilfsweise aber der Wille und seine Erklärung für unbeachtlich gehalten würden. Einer solchen Hilfsbegründung müsse widersprochen werden.

Schultes Erkenntnis bezüglich des Willensverzichtes

---

1) BGH NJW 57, 789.

2) Iher.J. 90, 121.

3) Larenz II § 4.

4) BGH, Urt. v. 14.7.1956, BGHZ 21, 319 = NJW 56, 1475 mit zust. Stellungnahme von Larenz I S. 1897 ff.

5) Schulte V S. 363.

ist richtig (1). Soweit er von einer Hilfsbegründung spricht, mag dies für den konkreten Fall zutreffen, kann aber nicht ändern, dass mit diesem grundlegenden Schritt prinzipiell auf das Willenselement verzichtet wurde und zwar im Sinne der oben (S. 34) vorgenommenen Differenzierung auf jedes subjektive Element ausser dem Handlungswillen.

Die letzteren Ausführungen des BGH sind allerdings nicht so zu verstehen, dass eine Übergabeverpflichtung des Hofeigentümers allein aus Gesichtspunkten der bäuerlichen Lebensordnung hergeleitet werden könne. Vielmehr ist entscheidender Anknüpfungspunkt das beim Hoffolger erweckte Vertrauen. Wenn jedoch der BGH sogar Gesichtspunkte der letztgenannten Art beizieht, dann ergibt sich daraus, dass dort, wo ein solches Vertrauen erweckt wurde, es jedenfalls nicht darauf ankommt, ob dies willentlich oder unbeabsichtigt geschah.

Der BGH hält also für die Annahme einer wirksamen formlosen Hoffolgevereinbarung (d.h. nicht nur des Tatbestandes einer Vereinbarung) folgende Elemente für ausreichend, aber auch erforderlich:

1. Ein Verhalten des Hofeigentümers, das geeignet ist, das Vertrauen des Jungbauern auf die Nachfolge in den Hof zu begründen (schlüssiges Verhalten, nicht gleichbedeutend mit schlüssiger Willenserklärung)(2).

---

1) Vgl. auch Wieacker II S. 289; Lehmann II S. 2.

2) Ungenau insofern Thole (S. 33), der dem BGH unterstellt, er erblicke in dem Verhalten der Beteiligten stets schlüssige Willenserklärungen und dann diese vermeintliche Verkennung des wahren Sachverhalts rügt.

2. Eine diesem Vertrauen entsprechende Einstellung des Jungbauern.
3. Eine deutliche Manifestierung dieser Parteibeziehungen nach aussen über das Mass der blossen Erkennbarkeit hinaus, sei es durch die lange Dauer des Verhaltens, sei es durch ein erhebliches wirtschaftliches Opfer des Jungbauern.

Die Bindungswirkung dieses vom üblichen Bild einer vertraglichen Vereinbarung abweichenden Tatbestandes ist nachfolgend zu begründen. (Wo ein Geschäfts- und Rechtsfolgewille einwandfrei vorliegt, ist dies natürlich nicht notwendig. Es kommt dann nur auf die rechtliche Überwindung des Formmangels an, vgl. unten S. 99 ff.)

V. A. Wenngleich im bürgerlichen Recht das Individualprinzip gilt, so sind dennoch der Willensverwirklichung Grenzen gesetzt, die sich daraus ergeben, dass sie sich in den Rahmen der Gesamtrechtsordnung einfügen muss. Die Belange des Verkehrs und das Vertrauen Dritter fordern eine Einschränkung des Individualprinzips zugunsten des Sozialprinzips. Das wirkt sich sowohl auf die Bestimmung des Wesens der Willenserklärung, als auch auf die Feststellung des Erklärungstatbestandes sowie auf die Behandlung der Willensmängel und die Auslegung aus (s. unten S. 47).

B. Schon zur Zeit des gemeinen Rechts war man bestrebt, die Interessen Dritter und des Rechtsverkehrs dadurch zu berücksichtigen, dass man an den Tatbestand einer Willenserklärung im Rechtssinne im Verhältnis

zu deren psychologisch vollständigem Tatbestand geringere Anforderungen stellte.

Die Erklärungstheorie (1) forderte, der Erklärende müsse um der Verkehrssicherheit willen am äusseren Sinn der Erklärung festgehalten werden, ohne dass er sich auf das Fehlen des Geschäftswillens oder des Erklärungsbewusstseins berufen könne.

Dem stand die Willenstheorie (2) gegenüber, die davon ausging, dass das Fehlen des Geschäftswillens die Wirksamkeit der Erklärung ausschliessen müsse.

C. Das BGB nahm einen vermittelnden Standpunkt ein. Die zweite Kommission war einverstanden, weder zu der einen noch zu der anderen Theorie Stellung zu nehmen (3). Doch überwiegt eindeutig das Willensprinzip, denn die Anfechtbarkeit ist nichts anderes, als eine vom Willen des Anfechtenden abhängige Nichtigkeit, die nur dann nicht eintreten kann, wenn es sich um unwesentliche Differenzen zwischen Willen und Erklärung handelt. Auswirkung der Erklärungstheorie ist die in der Anfechtbarkeit liegende vorläufige Gültigkeit.

D. Eindeutig objektive Gesichtspunkte wurden jedoch in das Rechtsgebiet der Willenserklärung durch die Rechtsprechung eingeführt. Als gesetzlicher Anhaltspunkt dienten hier einmal die sog. unechten Willenserklärungen:

---

1) Vgl. Lehmann III § 24 IV 1 C b; Enn.-Nipperdey § 164 II 1.

2) Vgl. Lehmann III § 24 IV 1 C a; Enn.-Nipperdey a.a.O.

3) Prot. I S. 94; Enn.-Nipperdey a.a.O.

In bestimmten Fällen hat das Gesetz einem Verhalten einen bestimmten Erklärungswert beigelegt, ohne Rücksicht darauf, ob bei dem Betreffenden ein entsprechender Wille vorlag oder nicht. Hier werden Willenserklärungen fingiert, indem ein rein äusseres Verhalten mit den Wirkungen einer Willenserklärung bestimmten Inhalts ausgestattet wird (§§ 108 II, 177 II, 415 II BGB u.a.), oder mindestens vermutet, indem Wirkungen einer Willenserklärung dort angeordnet werden, wo ein bestimmtes Verhalten im Regelfall Äusserung eines entsprechenden Willens ist (§ 568 BGB) (1).

Einen weiteren Anhaltspunkt lieferten die §§ 157 und 242 BGB. Der Grundsatz von Treu und Glauben wurde nicht nur für die Auslegung von Verträgen, sondern auch für die Deutung einzelner Willenserklärungen herangezogen. § 157 BGB trat für die Auslegung neben § 133 BGB, der die Erforschung des Individualwillens vorschreibt.

So stellte denn auch bereits das Reichsgericht den Satz auf, dass jeder seine Willenserklärungen so gegen sich gelten lassen muss, wie sie nach Treu und Glauben zu verstehen sind und nahm in verschiedenen Fällen wirksame Willenserklärungen an, wo das Erklärungsbewusstsein und der Geschäftswille fehlten(2).

---

1) Vgl. Enn.-Nipperdey § 153 IV; Lehmann III § 30 IV; Coing in Staud. Vorbem. 4, 6 vor § 116; Krüger-Nieland in RGRK Anm. 7 vor § 116; Hefermehl in Soergel Anm. 9 vor § 116.

2) Hinweise bei Soergel bei § 157 Anm. 45 ff.

E. Im Schrifttum wurden bis zur Gegenwart zahlreiche weitere Versuche unternommen, diesen Gedanken rechtlich zu untermauern. Allen gemeinsam ist das Bestreben, dem Erklärenden den objektiven Erklärungswert seines Verhaltens nach Treu und Glauben auch unabhängig von Erklärungsbewusstsein und Geschäftswillen zuzurechnen.

Hier sind zwei grundlegende Richtungen zu unterscheiden:

Die erste leitet die Unbeachtlichkeit des Willens im Interesse des Verkehrsschutzes in konsequenter Fortführung der bisherigen Lehre und Judikatur aus dem Funktionswandel der Willenserklärung selbst im Sinne des Sozialprinzips ab. Die Willenserklärung soll danach zwar vorwiegend aus einem objektiven Blickwinkel betrachtet werden, aber nach wie vor der grundlegende Anknüpfungspunkt für Rechtsfolgen bleiben.

Die andere Richtung ist bestrebt, neben diesem rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrund für Vertragsverhältnisse weitere, nicht-rechtsgeschäftliche Entstehungsgründe anzuerkennen.

Im folgenden seien nur die neueren Darstellungen erwähnt, die übrigens sämtlich zu unserer Frage ausdrücklich Stellung nehmen.

1) Innerhalb der ersten Richtung sind wiederum zwei Gruppen zu unterscheiden:

a) Nach der objektiven Theorie liegt eine Willenserklärung auch dann vor, wenn das Erklärungsbewusstsein

fehlt (und damit auch der Geschäfts- bzw. Rechtsfolgewille). Es genügt nach ihr, dass sich die Erklärung objektiv als auf Rechtsfolgen gerichtet darstellt, d.h. ein Verhalten vorliegt, das nach der Erfahrung des Verkehrs unter Würdigung aller Umstände regelmässig den Schluss auf einen bestimmten Willen gestattet.

Als neuerer Vertreter dieser Richtung (1), wenn auch in etwas modifizierter Form, ist wohl Hefermehl anzusehen, dessen Ausführungen hier für die genannte Lehre stehen sollen.

Nach Hefermehl (2) umfasst der Tatbestand einer Willenserklärung als essentialia folgende Elemente:

aa) den Erklärungsakt;

bb) die Begleitumstände, die den historischen Hintergrund bilden, vor dem sich der Erklärungsakt abspielt und aus dem heraus er verstanden werden muss und verstanden werden kann;

(Diese beiden Elemente bilden den Erklärungstatbestand.)

cc) den Handlungs- oder Betätigungswillen;

dd) den nach aussen hervorgetretenen Rechtsfolgewillen.

Zu Recht macht Hefermehl geltend, dass § 118 BGB, auf den sich die Lehre vom Erklärungsbewusstsein (vgl. unten S. 50 ff.) stützt, keinesfalls den Tatbestand einer Willenserklärung verneint, sondern diese nur als nichtig ansieht. Wo also das Erklärungsbewusstsein und damit

---

1) Weitere s. bei Enn.-Nipperdey § 145 II A 4 Fn. 26.

2) Hefermehl in Soergel Anm. 1 ff. vor § 116, ebenso Siebert in Soergel § 157 Anm. 1 ff.

der Geschäftswille fehlt, kann dies nur die Wirksamkeit, nicht aber den Tatbestand der Willenserklärung betreffen. Dass dieser Schluss allein mit dem Gesetzeswortlaut allerdings nicht zwingend zu begründen ist, ergibt sich aus § 117 BGB, wo auch Hefermehl annimmt, dass nicht, wie es dort heisst, eine nichtige, sondern überhaupt keine Willenserklärung vorliege, weil gegenüber dem Erklärungsgegner kein Rechtsfolgewille in Vollzug gesetzt worden sei (1).

An den solchermassen beschränkten Erklärungstatbestand ist nun mit dem Instrument der Auslegung heranzugehen, um den Inhalt der Willenserklärung zu bestimmen.

Die grundlegende Auslegungsvorschrift ist § 133 BGB (2). In den letzten Jahrzehnten hat sich jedoch die Erkenntnis immer mehr durchgesetzt, dass die Willenserklärung im Rahmen des gesamten Rechtsverkehrs gesehen werden muss, da sie sich im sozialen Bereich vollzieht und schutzwürdige Interessen Dritter berührt werden. Dieser Funktionswandel der Willenserklärung vom Individualprinzip weg in Richtung auf das Sozialprinzip wirkt sich aus auf die Bestimmung des Wesens der Willenserklärung, auf die Feststellung des Erklärungstatbestandes, die Beurteilung der Gültigkeit und die Auslegung.

Für die Auslegung hat diese Entwicklung dazu geführt, § 157 BGB neben § 133 BGB zu stellen, d. h.

---

1) Hefermehl in Soergel Anm. 22 vor § 116.
2) Siebert in Soergel zu § 157 Anm. 7.

nicht nur allein zu fragen, was der einzelne gewollt hat, sondern was er redlicherweise hätte wollen sollen. Auslegung ist nicht allein Willenserforschung, sondern auch Wertung eines sozialen Verhaltens nach dem Massstab von Treu und Glauben. Siebert bezeichnet diese Fortentwicklung der individuellen Auslegungsmethode als die normativ-typische Methode (1). Bei ihr ist also der Wille nur eines von mehreren Elementen des für die Auslegung massgebenden Sachverhalts, so dass unter Umständen ganz auf ihn verzichtet werden kann.

Hier zeigt sich eine enge Beziehung zwischen der Feststellung des Tatbestandes der Willenserklärung und ihrer Auslegung. Es kann daher Hefermehl nicht ganz darin zugestimmt werden, dass die Feststellung des Erklärungstatbestandes das logische prius für die Auslegung der Willenserklärung nach §§ 133, 157 BGB bilde (2), in deren Rahmen dann nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte neben der Feststellung des Inhalts der Willenserklärung zu bewerten wäre, ob in dem Verhalten ein Rechtsfolgewille hervorgetreten ist (3).

Es ist vielmehr zu beachten, dass ein nach aussen hervorgetretener Rechtsfolgewille (4) zum objektiven Tatbestand einer Willenserklärung gehört, also schon

---

1) Siebert in Soergel § 157 Anm. 7

2) Hefermehl in Soergel Anm. 5 vor § 116.

3) Siebert in Soergel § 157 Anm. 9.

4) Ungenau insofern Hefermehl in Soergel Anm. 6 vor § 116, der schlechthin von der Rechtsfolgeabsicht spricht; vgl. unten S. 51 a. E.

bei der Feststellung des Tatbestandes der Willenserklärung, nicht erst bei deren Auslegung nachzuweisen ist. Die Feststellung des Tatbestandes als "logisches prius" und die Auslegung sind also nicht zu trennen und dergestalt wieder in Verbindung zu bringen, dass "Feststellung des Erklärungstatbestandes und Auslegung vielfach ineinander übergehen" (1), sondern sie gehören geradezu notwendig zusammen, jedenfalls insoweit, als unter Berufung auf Treu und Glauben und Verkehrssitte zwar nicht der Inhalt der Willenserklärung, aber das Hervortreten eines Rechtsfolgewillens festgestellt werden soll.

Trotz Feststellung des Erklärungstatbestandes und normativ-typischer Auslegung wäre nun entsprechend § 118 BGB auch beim Irrtum über die Existenz einer Willenserklärung grundsätzlich Nichtigkeit (nicht nur Anfechtbarkeit) gegeben, so dass höchstens eine Haftung auf den Vertrauensschaden analog § 122 BGB eingreifen würde (2). Dadurch würde der Sinn der objektiven Auslegungsmethode in Frage gestellt. Im Zeichen des Funktionswandels der Willenserklärung wurden daher die §§ 116 ff. BGB in ihrer Anwendbarkeit eingeschränkt. Nach richtiger Ansicht Sieberts (3) handelt es sich hier um eine restriktive Auslegung der §§ 116 ff. BGB, die damit zu rechtfertigen ist, dass jene Willenserklärungen eine andere Struktur haben als die indi-

---

1) Hefermehl in Soergel Anm. 5 vor § 116.

2) Danckelmann in Palandt Einf. 3 vor § 116; Hefermehl in Soergel Anm. 18 vor § 116.

3) Siebert in Soergel § 157 Anm. 58.

viduellen, ausdrücklichen, auf die das Gesetz zugeschnitten ist, so dass hier dem Gedanken des Verkehrsschutzes der Vorrang gegeben werden kann und muss.

Für unsere Frage ist allerdings Siebert der Ansicht, das Verhalten des Hofeigentümers weise keinen Erklärungswert auf, der es rechtfertige, hier die Grundsätze der objektiven Theorie zur Anwendung zu bringen (1) (hierzu vgl. unten S. 54 ff.).

b) Die derzeit wohl herrschende Meinung (2) steht im Gegensatz zu den obigen Ausführungen jedoch auf dem Standpunkt, dass zum Begriff der Willenserklärung untrennbar subjektive Elemente gehören. Diese Ansicht vertritt neben Lehmann (3) insbesondere Nipperdey (4).

Nach seiner Ansicht ist ein äusseres Verhalten, das auf einen Geschäftswillen schliessen lässt, nur dann eine Willenserklärung, wenn der Äussernde sich bewusst ist, dass daraus überhaupt auf einen Geschäftswillen geschlossen werden kann, wenn er also das Erklärungsbewusstsein hat.

So liegt nach der Ansicht Nipperdeys in dem bekannten Beispiel, dass ein Versteigerungsbesucher in Unkenntnis darüber, dass Handheben ein Höhergebot bedeutet, einem Freund zuwinkt, überhaupt keine

---

1) Siebert in Soergel § 157 Anm. 13; vgl. auch Wieacker I S. 121, 122.

2) Hefermehl in Soergel Anm. 4 vor § 116.

3) Lehmann III § 34 III 1 b.

4) Enn.-Nipperdey § 145 II A 3, 4.

Willenserklärung vor, weshalb einfache Richtigstellung genügen und Anfechtung nicht erforderlich sein soll.

Zur Begründung beruft sich Nipperdey auf § 118 BGB. Wenn eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung nichtig sei, dann könne keinesfalls derjenige, der sich des Sinnes seiner Handlung als Willenserklärung überhaupt nicht bewusst geworden sei, nur anfechten.

Wie oben (S. 49) bereits erwähnt, kann zwar aus § 118 BGB der Schluss gezogen werden, dass bei fehlendem Erklärungsbewusstsein die Erklärung nichtig, also nicht nur anfechtbar ist. Dass aber schon der Tatbestand einer Willenserklärung nicht vorliege, lässt sich aus dieser Vorschrift nicht entnehmen, im Gegenteil setzt die Nichtigkeit einen solchen Tatbestand voraus. Wenn Nipperdey demgegenüber behauptet, bei § 118 BGB werde in Wirklichkeit keine nichtige, sondern überhaupt keine Willenserklärung vorausgesetzt (1), so fehlt hierfür jeder Anhaltspunkt.

Ausser dem Erklärungsbewusstsein muss nach Nipperdey der Geschäfts- oder Rechtsfolgewille vorliegen, ohne den eine Willenserklärung im Rechtssinne nicht gegeben sei (2). Dass das nicht in vollem Umfang zutreffen kann, ergibt sich schon aus § 116 S. 1, wo trotz fehlenden Rechtsfolgewillens eine vollgültige Willenserklärung besteht. Gemeint ist wohl der nach aussen hervorgetretene Rechtsfolgewille.

---

1) Enn.-Nipperdey § 164 II 3.
2) Enn.-Nipperdey § 145 II A 1 b.

Demgegenüber meint Nipperdey allerdings (1), obwohl das Gesetz in § 116 S. 1 BGB von einer Willenserklärung spreche, liege in Wahrheit keine echte Willenserklärung vor, weil es dem Erklärenden an dem erforderlichen Geschäftswillen fehle (2). Das kann jedenfalls ohne nähere Begründung nicht anerkannt werden.

Wo die von Nipperdey als dem Wesen der Willenserklärung untrennbar zugehörig angesehenen subjektiven Elemente fehlen, andererseits eine Haftung auf den Vertrauensschaden (3) der Interessenlage nicht gerecht werden könnte, sieht er sich gezwungen, zu Fiktionen zu greifen.

Die Rechtsordnung könne auch einer "Willenserklärung" ohne Erklärungsbewusstsein die Wirkung einer Willenserklärung beilegen, führt Nipperdey aus, wenn besondere Gründe dafür bestünden. Solche Willensäußerungen würden deswegen aber nicht zur Willenserklärung (4). Dementsprechend soll es, soweit nicht gesetzliche Sonderregelungen vorliegen, stets der Prüfung bedürfen, ob und in welchem Umfange die Regeln über die Willenserklärung und über das Rechtsgeschäft auf diese Tatbestände anwendbar seien. Ihre Anwendung ist nach Nipperdey davon abhängig, dass nach dem Sinn der Regelung das Verhalten entweder als Willenserklärung gewertet oder wie eine Willenserklärung zugerechnet werden soll, dass es sich also nicht nur um eine Gleichsetzung der

---

1) Enn.-Nipperdey § 153 IV B 2 a Fn. 11.
2) Hefermehl in Soergel Anm. 4 vor § 116.
3) Enn.-Nipperdey § 145 II A 4 Fn. 26.
4) Enn.-Nipperdey §§ 145 II A 4, 153 IV.

Wirkungen handelt (1).

Die erste Gruppe wiederum unterteilt Nipperdey in Fälle, wo das schlüssige Verhalten zwar auch bei fehlendem Geschäftswillen als Willenserklärung gewertet wird, aber ein wirklich vorliegender Geschäftswille nicht ohne rechtliche Bedeutung ist. Hier soll eine Anfechtung möglich sein, allerdings nicht mit der Begründung, der Handelnde habe die Bedeutung seines Verhaltens nicht erkannt.

Ferner zählt Nipperdey zur ersten Gruppe Tatbestände, wo das Verhalten des Handelnden auch ohne den Geschäftswillen wie eine Willenserklärung zugerechnet wird, aber ein möglicherweise vorhandener, der Zurechnungswirkung widersprechender Geschäftswille rechtlich unbeachtlich sei.

Neben einigen Gesetzesvorschriften (2) ordnet Nipperdey hier die Hoferbenbestimmung durch schlüssiges Verhalten ein, wenn der als Hofnachfolger Vorgesehene daraufhin seine Lebensführung längere Zeit entsprechend eingestellt oder andere Veranstaltungen getroffen habe, die eine spätere Berufung auf einen fehlenden oder fehlerhaften Geschäftswillen als ein unzulässiges venire contra factum proprium erscheinen lassen würde (3).

c) Ein Vergleich der Darlegungen Hefermehls und Nip-

---

1) Enn.-Nipperdey § 153 IV B 1.

2) Vgl. Enn.-Nipperdey § 153 IV B 2 b: §§ 612, 632, 689 BGB; 60 II, 112 II HGB; Rechtsscheinvollmacht.

3) Enn.-Nipperdey a.a.O.

perdeys muss deshalb zugunsten der ersteren ausfallen, weil die Gewaltsamkeit der mit einer Fiktion verbundenen Lösung fehlt. Da es weitgehend keine Frage der Logik, sondern der Bewertung ist, welche Elemente man als zum Tatbestand einer Willenserklärung im Rechtssinne gehörig ansieht, ist die Lösung Hefermehls vorzuziehen, ohne dass damit eine Denaturierung des Begriffes der Willenserklärung verbunden wäre, sofern man deren Funktionswandel berücksichtigt.

In diesem Zusammenhang kommt es allerdings weniger darauf an, sich für die eine oder andere der beiden Lösungen rein oder in modifizierter Form zu entscheiden, sondern zu zeigen, dass auf der Grundlage bewährter Rechtsprinzipien und der überkommenen Lehre durchaus der heute allgemein anerkannte Satz dogmatisch untermauert werden kann, dass schlüssige Willenserklärungen nicht nichtig und auch nicht anfechtbar sind, wenn der Erklärende die tatsächlichen Umstände kannte, aber über die aus Treu und Glauben folgende Bedeutung (die Schlüssigkeit) seines Verhaltens im Irrtum war.

d) Die Einwände der Kritiker richten sich gegen die Anwendung der oben entwickelten Grundsätze auf das Verhalten des Hofeigentümers.

aa) Es wird behauptet, man werde gewöhnlich davon ausgehen müssen, dass ein Bauer sich nicht binden wolle, bevor er den Hof formgerecht übergibt und - worauf es

ja allein ankommt - dass der Sohn dies wisse (1). Man verneint also für den Regelfall die Schlüssigkeit des Verhaltens des Hofeigentümers und damit die Möglichkeit, ihn nach Treu und Glauben daran festzuhalten.

Dem BGH wird der Vorwurf gemacht, er leite die Rechtsfolgen nicht aus wirklich und zweifelsfrei abgeschlossenen Vereinbarungen ab, sondern betrachte als formlose Vereinbarung ein tatsächliches Verhalten, das vieldeutig sei, vor allem aber nicht als ausdrückliche oder schlüssige Bekundung eines gegenwärtigen Übergabe- oder Erbeinsetzungswillens gedeutet werden könne (2). Als Indiz für diesen Umstand wird vorgebracht, von gewissen Ausnahmen abgesehen wisse heute jeder Bauer, dass er seinen Hoferben nur durch Testament, Erbvertrag oder Übergabevertrag bestimmen könne und dass diese Rechtsgeschäfte formbedürftig seien. Dies sei auch den Abkömmlingen bekannt, denn man könne heute bei einem Hoffolger (?) unterstellen, dass er nicht nur die Kenntnisse eines Hilfsschülers habe, sondern die notwendigen grundlegenden Rechtskenntnisse besitze (3). Als Quellen solchen Wissens nennt Roemer (4) die Winterschulen und Fortbildungskurse sowie

---

1) Reinicke II S. 644 und I S. 1065.

2) Wieacker I S. 122; Siebert in Soergel § 157 Anm. 14.

3) Wieacker I S. 122; Humbert I S. 1857, 1858; Roemer S. 288.

4) Roemer S. 288.

Fachzeitschriften, Beratung durch Verbände und Landwirtschaftskammern, ferner Vorträge in Bauernversammlungen. Dank dieser Kenntnis der Formbedürftigkeit soll daher für jeden verständigen Dritten erkennbar sein, dass sich der Altbauer nicht binden wolle, ehe er ein förmliches Geschäft abschliesst.

Einige Autoren bemühen sich, diese Behauptungen durch konkrete Angaben zu stützen:

Humbert (1) kommt nach eingehender Begründung zu dem Schluss, es sei nicht richtig, dass die Bauern in der ehemaligen britischen Zone oder in Niedersachsen allgemein oder überwiegend die Überzeugung hätten, sie seien rechtlich oder moralisch verpflichtet, ihren Hof zu Lebzeiten durch Übergabevertrag zu übergeben. Die Ausführungen Humberts scheinen Riedel (2) so einleuchtend, dass er die gegenteilige Meinung des BGH durch sie für erschüttert hält. Nach Roemer (3) schliesslich soll der lt. BGH als allgemeines Gedankengut fortlebende § 43 EHFV damals in der Landbevölkerung auf lebhaften Widerspruch gestossen sein und mit dazu beigetragen haben, dass die Erbhofgesetzgebung dem Volk fremd geblieben sei. Gerckens (4) erklärt, wenigstens in den Teilen des Rheinlandes ohne altüberkommende Anerbensitte widerspreche es bäuerlicher Gewohnheit, dass der Sohn mit einer Hofübergabe im Sinne des § 17 HöfeO rechnen könne, selbst wenn die

---

1) Humbert I S. 1858.
2) Riedel IV S. 118.
3) Roemer S. 289.
4) Gerckens S. 163.

künftige Hofnachfolge auf Grund seiner Beschäftigung auf dem Hof nach den gesamten Umständen ausser Zweifel stehe. Pikalo (1) gibt als Ergebnis seiner Umfrage bei einsichtigen Hofeigentümern an, allgemein werde eine rechtliche Bindung des Hofeigentümers nicht für tragbar gehalten.

Der Grund für die geringe Übergabefreudigkeit der Altbauern soll zum Teil darin liegen, dass diese nach dem Sprichwort handelten: "Man zieht sich nicht aus, ehe man schlafen geht" (2) und in der Regel den vorgesehenen Hoferben zunächst auf seine Tauglichkeit und menschliche Zuverlässigkeit prüfen wollten, um gute Wirtschaftsführung, Abfindungen und Altenteil sicherzustellen (3).

Der Erklärungsgehalt des Verhaltens und der Äusserungen des Bauern soll sich daher in der Kundgabe unverbindlicher Absichten erschöpfen. Humbert (4) meint, eine mündliche Zusage und auch eine längerdauernde Beschäftigung auf dem Hof bringe lediglich zum Ausdruck, dass der Bauer den Abkömmling als zukünftigen Hoferben ausersehen habe, sich aber jederzeit eine Änderung des Planes vorbehalte. Roemer (5) sieht in einer Beschäftigung des Abkömmlings nach der Schulentlassung lediglich eine Übereinkunft über zwei Punkte, nämlich die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses gegen

---

1) Pikalo I S. 195 Fn. 22.
2) Gerckens S. 163; Wieacker I S. 122; Roemer S. 288.
3) Humbert I S. 1858.
4) Humbert a.a.O.
5) Roemer a.a.O.

Entschädigung und die Unverbindlichkeit, den Probecharakter, dieses Verhältnisses.

bb) Demgegenüber berichtet Herminghausen (1) zur Rechtskenntnis der Landbevölkerung, dort herrsche vielfach noch die Überzeugung, es müsse rechtsgültig sein, was in ernster und bestimmter Weise über die Hofnachfolge mündlich oder privatschriftlich vereinbart werde.

Es dürfte ferner keinem Zweifel unterliegen, dass die von Roemer aufgezählten Informations- und Fortbildungsmittel von vielen Jungbauern nicht oder nicht voll in Anspruch genommen werden.

Schliesslich ist § 17 III HöfeO Rhld.-Pf. der klare Beweis für eine der Kritik entgegengesetzte, verbreitete bäuerliche Auffassung.

Auch die Notwendigkeit einer rechtzeitigen Hofübergabe scheint dem Volk nicht ganz so fremd geblieben zu sein, wie zum Teil behauptet wird. Jedenfalls berichtet der BGH (2), dass bei den Beratungen zur HöfeO der britischen Zone ernstlich erwogen worden sei, eine dem § 43 EHFV entsprechende Bestimmung wieder einzuführen, um damit einer von jeher bestehenden Auffassung gerecht zu werden.

Nach Rötelmann (3) ist die Entscheidung des BGH

---

1) Herminghausen S. 123.

2) BGH, Beschl. v. 16.2.1954, BGHZ 12, 286 ff. (305); a.M. Roemer S. 289; vgl. auch § 11 HöfeO Rhld.-Pf.

3) Rötelmann I S. 311.

von den Bauern der betreffenden Gegend rückhaltlos gebilligt worden. Rötelmann zitiert einen Artikel der Zeitschrift "Nds. Landvolk", wonach die Bauern des betreffenden Kreises ausnahmslos auf der Seite des Hofbewerbers gestanden haben sollen (1). In einem späteren Aufsatz Rötelmanns (2) sind es allerdings gleich "die Bauern Nordwestdeutschlands", die die Rechtsprechung des BGH "lebhaft begrüsst haben".

Der BGH beruft sich im Beschluss vom 9.2.1955 auf diese Angaben Rötelmanns (als feststehende Tatsachen), die dem Gericht umso bemerkenswerter erscheinen, als gerade die Bauern an der Niederelbe auf die freie Bestimmung ihres Hofnachfolgers von jeher grossen Wert gelegt hätten (3).

cc) Diese widersprechenden Ausführungen zeigen, dass es nicht möglich ist, eine Verkehrssitte des einen oder anderen Inhalts festzustellen, die bei der Auslegung des Verhaltens eines Hofeigentümers generell herangezogen werden könnte und sein Verhalten als schlüssig erscheinen liesse, d.h. so geartet, dass der Jungbauer

---

1) Das "Nds. Landvolk" schreibt: "Die führenden Landwirte unseres Kreises, denen die leidige Sache H. gegen H. bekannt war, haben die Entscheidung des BGH ausserordentlich begrüsst. Um ganz offen zu sein: nach den mutigen, grundsätzlichen Entscheidungen der Vorinstanzen, die sich nach unseren Begriffen sehr auf bäuerliches Rechtsempfinden stützten und damit wirklichkeitsnah waren, hatten wir die Befürchtung, der BGH würde ein reines 'Paragraphenurteil' fällen, dessen Ergebnis dann wohl umgekehrt gewesen wäre. Und ein solches Urteil wäre nicht nur für den jungen H., sondern weit darüber hinaus verhängnisvoll gewesen: Es hätte all den zahlreichen Bauern unseres Kreises, denen dieser Prozess bekannt war, und die a l l e 100 %ig hinter H. jr. standen, das Vertrauen zur HöfeO genommen."

2) Rötelmann III.

3) BGH DNotZ 56, 134 ff. (135).

trotz Fehlens jeder Urkunde auf die Wirksamkeit der in diesem Verhalten liegenden Hofzusage vertrauen konnte.

Was von den Stellungnahmen ländlicher Kreise zu den Entscheidungen des BGH zu halten ist, macht Herminghausen auf Grund eigener Erfahrung deutlich (1):

Es kommt für die Äusserungen der Befragten wesentlich darauf an, wie ihnen der Sachverhalt und die Folgen der Rechtsprechung des BGH dargestellt werden. Selbst bei gleicher Darstellung erhielt Herminghausen verschiedene Antworten, was zum Teil auf der Unterschiedlichkeit der Verhältnisse (vor allem des Alters), zum Teil auf der Schwierigkeit der auftretenden Rechtsfragen beruhte.

dd) Eine generelle Feststellung kann also nicht getroffen werden. Das schliesst aber noch nicht aus, dass im Einzelfall das Verhalten des Hofeigentümers als schlüssig anzusehen ist. Auf eine Verkehrssitte als Hilfe bei der Feststellung des Erklärungswertes kann dann eben nicht zurückgegriffen werden.

Bei der Auslegung des Verhaltens der Beteiligten darf man nicht mit kleinlicher Logik vorgehen. So führt der BGH in seinem Beschluss vom 5.2.1957 (2) aus, selbst wenn beide Beteiligte gewusst hätten, dass eine Bindung des Hofeigentümers grundsätzlich den

---

1) Herminghausen S. 116.

2) BGH NJW 57, 787 ff. (789).

Abschluss eines formgerechten Vertrages voraussetzt, könne gleichwohl ein Sachverhalt gegeben sein, der die Annahme einer vertraglichen Bindung rechtfertige.

Dem ist beizustimmen. Ein Bauer, der seinen Sohn jahrelang wie den künftigen Hoffolger behandelt, ihn womöglich unter entsprechenden Zusagen aus einer anderen Stellung auf den Hof geholt hat, gibt nicht nur unverbindliche Absichten kund, sondern äussert seinen Willen in rechtserheblicher Weise. Von einem gewissen Zeitpunkt an wird der verpflichtende Charakter der Beziehung zwischen den Beteiligten so stark, dass er den Grad einer rechtlichen Bindung erreicht.

Unter solchen Umständen liegt es am Bauern, die Lage zu bereinigen, wenn er sein Verhalten nicht als Kundgabe eines Übergabewillens aufgefasst sehen will.

Dagegen ist nicht mit Roemer (1) anzunehmen, der Abkömmling habe die Pflicht, auf Klarheit zu drängen, wenn ihn nicht ein Mitverschulden treffen solle, das bei der Abwägung von Treu und Glauben gegen ihn spreche. Von der Mehrzahl der jungen Bauern kann wohl ein solches Vorgehen nicht ernsthaft verlangt werden. Selbst wo das Kräfteverhältnis zwischen den beiden einigermassen ausgeglichen ist, würde sich der Sohn scheuen, sein mangelndes Vertrauen in die Zusagen des Vaters durch den Wunsch nach einer Urkunde zu demonstrieren.

Der Hofeigentümer wird gewöhnlich merken, ob der Abkömmling Zusagen über die Hoffolge für bare Münze

---

1) Roemer S. 292.

nimmt oder sich der Unverbindlichkeit und des Probecharakters des Verhältnisses bewusst ist. Es wäre dann seine Pflicht, eventuelle Irrtümer durch ein klärendes Wort zu beseitigen.

ee) Damit eine Vereinbarung über die Hoffolge zustande kommt, bedarf es einer Annahme der Offerte des Hofeigentümers durch den Jungbauern. Die Annahme kann ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten erfolgen. Herminghausen (1) weist auf die - wohl seltene - Möglichkeit hin, dass der Bindungswille beim Abkömmling fehlt, weil er andere Zukunftspläne hat und sich daher nicht auf die Hoffolge einstellt, so dass sein Vertrauen weder erweckt noch enttäuscht werden kann.

2. Den Lösungen auf rechtsgeschäftlicher Grundlage steht die zweite Gruppe gegenüber, zu der diejenigen Stimmen zu rechnen sind, die die Unbeachtlichkeit der Willensmängel und die Bindungswirkung in Fällen dieser Art nicht mehr auf der Basis überkommener Grundsätze begründen zu können glauben.

a) Einen Übergang zu den Lösungen auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage bildet die von Coing so genannte Vertrauenshaftung kraft schlüssigen Verhaltens (2). Er will damit diejenigen Willenserklärungen erfassen, "bei denen der Geschäftswille mehr oder weniger deutlich fingiert wird", wo nicht das Vorhandensein eines Geschäftswillens beim Handelnden der Ausgangs-

---

1) Herminghausen S. 123.
2) Vgl. Coing in Staud. Vorbem. 3 f vor § 116.

punkt sei, sondern der Eindruck, den sein Verhalten bei Dritten hervorgerufen habe, die Deutung, welche sie seinem Verhalten geben.

Demnach soll die Vertrauenshaftung kraft schlüssigen Verhaltens eingreifen, wo eine Partei sich im Rechtsverkehr so verhält, dass bestimmte Dritte, Redlichkeit im Verkehr vorausgesetzt, darauf vertrauen dürfen, die betreffende Partei habe einen bestimmten rechtsgeschäftlichen Entschluss gefasst und geäussert, so dass die Rücksicht auf Treu und Glauben es erforderlich mache, die betreffende Partei so zu behandeln, als habe sie einen entsprechenden rechtsgeschäftlichen Willen geäussert. Haftungsgrundlage ist nach Coing somit der auf Treu und Glauben gegründete Vertrauensschutz. Hierher rechnet Coing auch die Hoferbenbestimmung durch schlüssiges Verhalten.

Demgemäss sieht Coing das Verhältnis der von ihm vorgeschlagenen Haftungsgrundlage zu den Willenserklärungen so, dass eine Willenserklärung nur hinsichtlich ihrer Folgen fingiert werde, während Grundlage dieser Rechtsfolgen nicht Rechtsgeschäft und Privatautonomie, sondern das Vertrauensprinzip sei.

Als Folge dieser Konstruktion ist die Anwendung der §§ 116 - 124 BGB nicht nur wie bei den zuvor genannten Lösungen eingeschränkt oder auch völlig zurückgestellt, sondern es besteht für sie logischerweise gar kein Ansatzpunkt mehr.

Um andererseits eine Veranlassungshaftung auszuschliessen, schlägt Coing vor, die Haftung entsprechend

den zur Vollmacht kraft Rechtsscheins entwickelten Grundsätzen nur dort eingreifen zu lassen, wo der Handelnde die Wirkung seines Verhaltens auf Dritte bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können.

Coing ist entgegenzuhalten, dass kein hinreichender Grund besteht, einen derart allgemeinen Haftungsgrund ausserhalb der überkommenen Dogmatik zu schaffen. Die heutige Betrachtungsweise der Willenserklärungen, die deren sozialen Gehalt dadurch berücksichtigt, dass der Tatbestand eingeschränkt, die Auslegung objektiviert und Begleitumstände gewertet werden, kann die gestellten Aufgaben unschwer meistern.

Der Grundsatz der Vertrauenshaftung dürfte von Coing auch nicht allein zur Feststellung eines Verpflichtungsgrundes entwickelt worden sein, sondern vornehmlich zur Begründung einer Verpflichtungswirkung bei formnichtigen Vereinbarungen. Da Coing offenbar formnichtige Erklärungen als ein nullum ansieht, ist er auf die Vertrauenshaftung angewiesen. Diese Meinung beruht jedoch auf einer Verkennung von Zurechnungsgrund und Zurechnungswirkung (1), so dass jedenfalls aus diesem Grunde nicht die Notwendigkeit der Konstruktion einer Vertrauenshaftung kraft schlüssigen Verhaltens besteht.

b) Abzulehnen ist auch der von Thole (2) entwickelte Lösungsvorschlag. Er will ein Hofübergabevertrags-

---

1) Enn.- Nipperdey § 154 III 4 Fn. 22 a. E.
2) Thole S. 172 ff.

verhältnis unmittelbar aus § 242 BGB als nicht-rechtsgeschäftlichem Entstehungsgrund herleiten und begründet dies wie folgt:

§ 242 BGB diene im Rahmen bestehender Schuldverhältnisse dazu, Nebenpflichten zu begründen. Aber auch ausserhalb bestehender Schuldverhältnisse, nämlich im Rahmen der culpa in contrahendo, werde § 242 BGB zur Begründung von Pflichten herangezogen und führe dort zu einem vertragsähnlichen Schuldverhältnis, ohne dass darauf abzielende Willenserklärungen vorlägen.

Ferner habe die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage gezeigt, dass § 242 BGB eine Leistungspflicht zum Wegfall bringen könne, er müsse also schon deshalb eine Leistungspflicht auch zur Entstehung bringen können.

Ausserdem habe die Rspr. § 242 die Kraft beigelegt, geschriebenes Recht zu durchbrechen, so bei den Entscheidungen zur Aufwertung, wo das Mark-gleich-Mark-Prinzip der Währungsgesetze ausser Kraft gesetzt worden sei. Ebenso sei der Satz "pacta sunt servanda" mit der Rechtsprechung zum Wegfall der Geschäftsgrundlage durchbrochen worden.

Wenn somit dem Grundsatz von Treu und Glauben die Kraft innewohne, Pflichtenstellungen ins Leben zu rufen und darüber hinaus das Gesetz zu durchbrechen, so müsse es auch zulässig sein, ein Hofübergabevertragsverhältnis -vorbehaltlich der Formprobleme- auf der Grundlage von Treu und Glauben entstehen zu lassen. (Als Gesetzesdurchbrechung sieht Thole dabei die

Übergehung des angeblichen Gesetzeswillens an, dass ein Hofübergabevertragsverhältnis nur auf rechtsgeschäftlicher Grundlage entstehen können solle).

Thole verkennt selbst nicht, dass damit § 242 BGB eine Funktion zugestanden wird, die er nach herkömmlicher Auffassung nicht hat, glaubt aber, eine Erweiterung der pflichtbegründenden Kraft dieser Vorschrift ergebe sich aus dem richtig verstandenen Sinn des Treu-und-Glauben-Grundsatzes.

Dieser Begründung kann nicht beigepflichtet werden:

aa) Rechtspolitisch besteht die dringende Notwendigkeit, einer übermässigen Ausweitung des Treu-und-Glauben-Grundsatzes zu steuern. Eine grundlegende Ausweitung der Funktionen dieses Grundsatzes kann daher, falls man sie überhaupt als zulässig erachten will, nur dann Platz greifen, wenn hierfür eine zwingende Notwendigkeit besteht. Das wird niemals dort der Fall sein, wo überkommene Rechtsfiguren und anerkannte Grundsätze zum gleichen Resultat führen. Die bei der Hoferbenbestimmung aufgetretenen Probleme können mit der klassischen Lehre von den Rechtsgeschäften ohne weiteres bewältigt werden.

bb) Nicht zuletzt wird durch eine solche Anwendung des § 242 BGB seine Gestaltungskraft überfordert. Die Schlussfolgerungen Tholes sind in keiner Weise zwingend. Weder die Anlehnung an die Rechtsfigur der culpa in contrahendo noch der Umkehrschluss, wenn § 242 BGB Leistungspflichten zum Wegfall bringen könne, müsse er

solche auch ausserhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses zur Entstehung bringen können, vermögen zu überzeugen. Mag auch § 242 BGB letzten Endes bei jeder Lösung rechtgeschäftlicher oder nicht-rechtgeschäftlicher Art die ausschlaggebende Norm sein, die von Thole gegebene Begründung verleiht ihr eine in diesem Zusammenhang durch nichts gerechtfertigte Eigenständigkeit.

Das wird insbesondere daran deutlich, dass Thole selbst ausführt, Ausgangspunkt sei das aus § 242 BGB abgeleitete Verbot des venire contra factum proprium, das allein aber nicht genügte, vielmehr sei ausschlaggebend, dass durch das Verhalten des Hofeigentümers eine Person angesprochen worden sei, die auf dieses Verhalten vertraut und sich in der ganzen Lebensführung darauf eingestellt habe.

Diese Formulierung bewegt sich entsprechend der Fallgestaltung so sehr im Rahmen rechtsgeschäftlicher Dogmatik, dass sie die Beiziehung des § 242 BGB als pflichtbegründender Norm in keiner Weise nahelegt.

cc) Dieser Weg erscheint auch deshalb nicht angebracht, weil in unseren Fällen meist subjektive Elemente nicht völlig fehlen, sondern nur das Bewusstsein der rechtlichen Bindung (vgl. oben S. 34).

Der BGH hat allerdings in einer Entscheidung (1) § 242 BGB als Anspruchsgrundlage bezeichnet. Es ist jedoch nicht klar ersichtlich, ob dies nur für den zur Entscheidung stehenden, nicht nach der HofeO zu beurteilenden Fall gelten sollte oder auch für Hof-

---

1) BGH, Beschl. v. 3.12.1958 - V ZR 98/57 - BdL 59, 125.

übergabeverträge.

c) Vollends abzulehnen ist schliesslich die vom BGH im Beschluss vom 5.2.1957 offenbar als Hilfsbegründung gedachte Bezugnahme auf Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten.

aa) Dabei handelt es sich um eine der erstmals von Haupt (1) im Jahre 1941 unter dem Oberbegriff "faktische Vertragsverhältnisse" zusammengefassten Tatbestandsgruppen (2), deren gemeinsames Merkmal Haupt darin erblickt, dass ohne rechtsgeschäftlich wirksame Einigung nach Vertragsrecht zu beurteilende Beziehungen dadurch begründet würden, dass "ein die Beteiligten in typischer Weise verbindender sozialer Sachverhalt lebensmässig verwirklicht wird."

Hierher rechnet Haupt:

1) Die faktischen Vertragsverhältnisse "kraft sozialen Kontaktes". Das sind durch den Eintritt in Vertragsverhandlungen begründete vertragliche Sorgfalts- und Rücksichtspflichten, also im wesentlichen Fälle der culpa in contrahendo.
2) Die faktischen Gemeinschaften, wie Arbeitsverhältnis und Gesellschaft, die durch den tatsächlichen Vollzug trotz Nichtigkeit des Arbeits- oder Gesellschaftsverhältnisses entstehen.

---

1) Haupt a.a.O.; vgl. auch Esser II; Küchenhoff a.a.O.; Larenz I; II § 4, 4 und 5; Lehmann I und II; Tasche a.a.O.; Nipperdey a.a.O.; Wolff a.a.O.; weitere Angaben bei Thole S. 60 ff.

2) Eine Kritik dieser Zusammenfassung heterogener Sachverhalte unter einem gemeinsamen Oberbegriff hat schon Lehmann (I) gegeben.

3) Die hier zu untersuchenden faktischen Vertragsverhältnisse kraft sozialer Leistungspflicht, nach der Formulierung von Larenz (1) meist Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten genannt.

Es handelt sich dabei um die neuzeitlichen Massenversorgungsleistungen der Daseinsvorsorge, wie Strom, Gas, Wasser, Beförderung und Post, die von jedermann zu den Tarifbedingungen in Anspruch genommen werden können. Das korrespondierende Verhalten des tatsächlichen Angebotes und der tatsächlichen Inanspruchnahme der Leistung glauben die Vertreter dieser Lehre nicht mehr dem überkommenen Vertragsbegriff unterordnen zu können.

Typisierter Vertragsinhalt sowie existentielle Notwendigkeit der Versorgungsleistungen für den einzelnen und die Gemeinschaft einerseits sowie der Kontrahierungszwang für die Versorgungsunternehmen auf der anderen Seite, ferner die Massenhaftigkeit der Leistungsverhältnisse sollen bewirkt haben, dass in diesem Bereich die soziologischen und ökonomischen Voraussetzungen des bürgerlichrechtlichen Vertragsbegriffes nicht mehr gegeben seien.

Larenz (2) räumt zwar ein, dass das Anbieten einer Versorgungsleistung, zum Beispiel der Betrieb einer Strassenbahn, als schlüssiges Verhalten aufgefasst und ihm der Erklärungswert einer Vertragsofferte zu-

---

1) Larenz II § 4.
2) Larenz I S. 1897.

gestanden werden könne, so dass in dem Betrieb der Bahn für jeden erkennbar der Wille zum Ausdruck komme, Beförderungsverträge mit den Verkehrsteilnehmern abzuschliessen.

Dagegen soll auf seiten des Fahrgastes in dem blossen Einsteigen keine sich als Annahme des Vertragsangebotes darstellende Erklärung gefunden werden können. Das Einsteigen soll nicht einmal im Sinne des § 151 BGB eine Handlung darstellen, die den Willen, einen Vertrag abzuschliessen, erkennen lässt.

Das Einsteigen in die Bahn genüge als Annahme jedenfalls dann nicht, wenn der Einsteigende erkläre, keinen Beförderungsvertrag abschliessen zu wollen (1), dann könne sein Verhalten keinesfalls mehr als schlüssig bezeichnet werden.

Da andererseits kein Zweifel daran bestehen kann, dass der Benutzer einer solchen Einrichtung im Interesse reibungsloser Abwicklung zur Zahlung verpflichtet ist, und zwar ohne Anfechtungsmöglichkeit über die Bedeutung seines Verhaltens, wird vorgeschlagen, den Grund für die Entstehung des Schuldverhältnisses, das den Benutzer sogar gegen seinen ausdrücklich erklärten Willen verpflichtet, in der Rechtsüberzeugung zu suchen, dass derjenige, der eine der Massenversorgungsleistungen wissentlich und willentlich in Anspruch nimmt und sich damit "sozialtypisch" verhält, sich schon hierdurch

---

1) Vgl. hierzu den "Parkplatzfall" in NJW 56, 1475, wo diese Frage in ähnlicher Weise erstmals aktuell wurde.

rechtlich bindet, ohne dass es auf das Vorhandensein oder gar die Erklärung eines entsprechenden Willens ankäme.

Es kann in unserem Zusammenhang dahingestellt bleiben, ob die besonderen Verhältnisse der modernen Gesellschaft mit ihrem Massenbedarf an Versorgungsleistungen es zwingend erfordern, den Bereich der Rechtsgeschäftslehre zu verlassen (1). Die Gesichtspunkte, die einen solchen Schritt rechtfertigen könnten und auch zu seiner Begründung vorgetragen werden, treffen jedenfalls auf die bäuerliche Hoffolge nicht zu.

bb) Der BGH hat eine Übertragung der genannten Grundsätze mit der Bemerkung in Betracht gezogen, "die im Bauernstand seit langem verbreitete Übung, die Erbfolge in den Hof schon bei Lebzeiten bindend zu regeln, lege eine Übertragung der Gedankengänge von den Erscheinungen des Massenverkehrs auf typische Vorgänge auf dem Gebiet des Höferechts nahe" (vgl. oben S. 40). Unter letzterem versteht der BGH die bäuerliche Gewohnheit, die Erbfolge in den Hof schon zu Lebzeiten des Eigentümers vertraglich festzulegen.

Demgegenüber weist Wieacker (2) auf den wesentlichen Unterschied zwischen Massenleistungen und Hofüberlassung hin, der sich aus einer Gesamtbetrachtung dieser Lebensvorgänge ergibt, indem er treffend for-

---

1) Vgl. hierzu Blomeyer a.a.O.; Lehmann II und Nipperdey a.a.O.

2) Wieacker II S. 290.

muliert: "In Wahrheit hat das Massentypische der modernen Daseinsvorsorge mit dem zeitlos Lebenstypischen der bäuerlichen Generationenfolge nichts zu tun."

Bei den Massenversorgungsleistungen geht es um die Bedürfnisbefriedigung in typisierter Form, typisiert nicht zuletzt deshalb, weil ein Leistungsträger einer Vielzahl von Abnehmern gegenübersteht.

Bei der Hofübergabe bestehen trotz einheitlicher Übung weitgehend individuelle Unterschiede in der Ausgestaltung der Verträge. Es handelt sich um einen Vorgang, der mit Bedacht vorbereitet wird, sich innerhalb der Familie und nur einmal in jeder Generation abspielt.

Einem Analogieschluss steht weiterhin entgegen, dass es sich bei der Anerkennung der Verpflichtungswirkung sozialtypischen Verhaltens um eine Rechtsfortbildung handelt, die dem Auftreten von Umständen Rechnung trägt, wie sie bei der Schaffung des BGB noch nicht vorlagen. Es mag zwar sinnvoll sein, die so entstandene Gesetzeslücke durch ein neues Rechtsinstitut auszufüllen, nicht aber, dieses Rechtsinstitut über seinen eigentlichen und ursprünglichen Zweck hinaus, der es erst ins Leben gerufen hat, auf andere Fälle auszudehnen, die eine sehr beschränkte Ähnlichkeit mit jenen aufweisen.

Vor allem aber ist eine Scheidung dadurch geboten, dass die Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten bei den Massenleistungen den Hauptentstehungs-

grund für die Vertragsverhältnisse darstellen. Daneben ist zwar ein rechtsgeschäftlicher Vertragsabschluss denkbar, aber als Entstehungsgrund so gut wie völlig verdrängt. Im Bereich der bäuerlichen Hofübergabe aber steht der förmliche Vertrag bei weitem an erster Stelle als Grundlage der Hofübertragung, so dass es sich hier nur um die Korrektur seltener Härtefälle handelt.

Schliesslich besteht ein erheblicher Unterschied darin, dass der eigentliche Grund der Verpflichtung bei der Hofübergabe in der Veranlassung des Vertrauens des Hofnachfolgers besteht, bei den Massenleistungen dagegen in deren tatsächlicher Inanspruchnahme. Anders ausgedrückt, bei der Hofübergabe ist der anbietende Teil derjenige, der an seiner Verpflichtung festgehalten werden muss, bei den Massenleistungen der Annehmende. Dementsprechend kann der Hofeigentümer durch eine ablehnende Willenskundgabe zur rechten Zeit eine Verpflichtung umgehen, während den Empfänger der Massenleistung eine derartige ablehnende Willensäusserung nicht von seiner Zahlungspflicht befreien kann (1).

---

1) Vgl. Thole S. 104, der hier fälschlicherweise die insofern bestehende Willensfreiheit des Hofeigentümers mit der Testierfreiheit begründen will.

§ 7. Die Rechtsnatur der Hoffolgevereinbarung

I. Während der BGH im Beschluss vom 16.2.1954 summarisch erklärte, "in Fällen dieser Art" laufe das Verhalten der Beteiligten auf eine vertragliche Übereinkunft hinaus, die sich als Vorvertrag zu einem von beiden Teilen in Aussicht genommenen späteren Hofübergabevertrag charakterisieren lasse (1), war das Schrifttum alsbald um eine Differenzierung bemüht.

Pikalo (2) z. B. meinte zum Beschluss vom 16.2.1954, das Versprechen des Hofeigentümers beinhalte ebensogut die Zusage einer späteren Hofvererbung durch Verfügung von Todes wegen statt durch Übergabevertrag. Ihm schloss sich Gerckens (3) an. Schulte (4) war der Ansicht, der BGH hätte auch einen Übergabevertrag anstelle eines Vorvertrages annehmen können. Er mutmasste, der BGH habe sich vielleicht deshalb für einen Vorvertrag entschieden, weil Absprachen der Beteiligten über Einzelheiten fehlten, wie sie ausser der Übergabeverpflichtung und der Bestimmung des Hoffolgers Inhalt eines Übergabevertrages zu sein pflegen. Überdies sei es keineswegs selbstverständlich, dass eine Hoferbenbestimmung durch Übergabe des Hofes zu Lebzeiten geschehen solle, dies könne sogar vom Hofeigentümer eindeutig abgelehnt worden sein.

---

1) BGHZ 12, 286 ff. (303).
2) Pikalo I S. 196.
3) Gerckens a.a.O.
4) Schulte IV S. 179.

Die Annahme eines formlosen Erbvertrages werde wahrscheinlich in einer grösseren Zahl von Fällen praktisch werden können als die eines Übergabevertrages.

Mit dem Beschluss vom 5.2.1957 beendete der BGH die Diskussion, indem er ausführte, dass es eine Tatfrage sei, ob die von den Beteiligten getroffene Vereinbarung dem Inhalt eines Übergabe-, Übergabevor- oder Erbvertrages entspreche. Wenn sich eine Verpflichtung zur Übertragung des Hofes oder zum Abschluss eines Übergabevertrages nicht feststellen lasse, so bleibe, wenn auch eine bis zum Tode des Eigentümers hinausgeschobene Übertragung nicht in Frage komme, noch die Möglichkeit der Annahme eines Erbvertrages (1). Dass es oft schwierig sein wird, festzustellen, auf welche dieser drei Vertragsarten der Wille der Beteiligten gerichtet sein soll, bestätigt Herminghausen (2). Diese Schwierigkeiten entstehen vor allem dann, wenn keine vom Willen getragene Absprachen der Beteiligten vorliegen, sondern der Hofeigentümer nur an seinem schlüssigen Verhalten festgehalten werden soll.

Wesen und Rechtsnatur der genannten Rechtsgeschäfte sind anschliessend zu erörtern. Denn einmal ist dies von Bedeutung für die in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen, vor allem aber ist der Inhalt dieser Rechtsgeschäfte festzulegen, um feststellen zu

---

1) Vgl. auch RGRK zu § 2276 Anm. 13.
2) Herminghausen S. 124; Vgl. unten S. 85.

können, ob Vertragsverhältnisse dieser Art mit ihren verschiedenen Nebenwirkungen durch ein Verhalten bestimmter Art zustande kommen können und wie dann der Inhalt dieser Vereinbarungen zu bestimmen ist, da entsprechende Absprachen fehlen.

Ferner ist zu fragen, wie sich ein formlos abgeschlossenes Rechtsgeschäft dieser Art auf ein früher oder später abgeschlossenes förmliches auswirkt.

II. Der Übergabevertrag.

A. Nach der ursprünglichen Formulierung des Reichsgerichts (1) ist ein Übergabevertrag ein Vertrag, durch den Eltern ihr Vermögen, insbesondere ihren Grundbesitz, an einen ihrer Abkömmlinge übertragen und dabei für sich einen ausreichenden Lebensunterhalt und für die neben dem Übernehmer noch vorhandenen weiteren Abkömmlinge eine Abfindung ausbedingen.

Diese Begriffsbestimmung ist in verschiedener Hinsicht zu weit:

1) In unserem Zusammenhang geht es nicht um Übergabeverträge schlechthin, wie sie das RG seiner Definition zugrunde legte, sondern nur um Hofübergabeverträge.

2) Das RG hob in der genannten Entscheidung die typischen Merkmale eines Übergabevertrages hervor, ohne sie gegenüber den wesentlichen abzugrenzen. Wesentliche Merkmale sind solche, deren Fehlen einem Vertrag den Charakter eines Übergabevertrages nimmt; typische Merkmale sind zwar in der Regel gegeben, ihr

---

1) RGZ 118. 20; 118, 30 = JW 27, 2499 = DNotZ 27, 620; 123, 36.

Fehlen ändert aber am Vertragscharakter nichts.

a) Es sind durchaus Fälle denkbar, wo der Hof im Hinblick auf die künftige Erbfolge übertragen wird, die Vereinbarung von Abfindungen und Altenteilsleistungen aber unterbleibt, weil keine weichenden Erben vorhanden sind, und weil der Bauer mehrere Höfe besitzt oder sonstiges Vermögen, aus dem er seinen Unterhalt bestreiten kann. Es ginge nicht an, dem Vertrag in einem solchen Falle den Charakter eines Übergabevertrages absprechen zu wollen.

Das RG hat auch in einer späteren Entscheidung die Ausbedingung eines Altenteils und von Abfindungen gegenüber der ursprünglichen Definition fallen lassen (1) und an anderer Stelle (2) erklärt, es sei die Vorausgewährung des künftigen Erbteils an den Übernehmer, die das Wesen des Übergabevertrages ausmache.

Auf diesem Standpunkt steht auch die HöfeO, die in § 7 und insbesondere in § 17 von "der Übergabe des Hofes an den Hoferben im Wege der vorweggenommenen Hoferbfolge" spricht und damit für die Eigenschaft des Übergabevertrages drei Punkte als massgebend ansieht: Die Vorwegnahme der Hoferbfolge, die Übergabe an den Hoferben und die Übergabe des Hofes (3).

---

1)RGZ 128, 204.

2)RGJW 28, 316.

3)Lange in Lange-Wulff zu § 17 Anm. 219a; Schulte VI S. 820.

b) Ferner ist von der ursprünglichen Definition des RG insoweit ein Abstrich zu machen, als ein Hofübergabevertrag vom Hofeigentümer nicht nur mit den Kindern geschlossen werden kann, sondern im Gegensatz zu der Regelung des Reichserbhofgesetzes auch mit Familienfremden. Denn § 5 HöfeO, der eine gesetzliche Hoffolgeordnung aufstellt, will nur ein Rangverhältnis zwischen den dort genannten Berechtigten begründen, nicht aber einen numerus clausus der Erbfolgeberechtigten schaffen (1).

B. Die Rechtsnatur des Übergabevertrages war seit Anfang des vorigen Jahrhunderts umstritten (2). Dabei ist einmal fraglich, ob der Übergabevertrag als Rechtsgeschäft von Todes wegen oder unter Lebenden anzusehen ist, ferner, welcher Vertragsart des geltenden Rechts der Übergabevertrag bei Betrachtung als Rechtsgeschäft unter Lebenden zugerechnet werden soll.

Der Hofübergabevertrag ist nach seiner äusseren Erscheinung ein Rechtsgeschäft unter Lebenden. Andererseits zeitigt er unmittelbar erbrechtliche Wirkungen und ist daher seinem Wesen nach eine Vorwegnahme der Erbfolge. Rechtsprechung und Lehre stehen daher nahezu einhellig auf dem Standpunkt, dass dem Übergabevertrag eine Doppelnatur zukommt (3). Auch

---

1) Vgl. Lange in Lange-Wulff § 17 Anm. 219 c; BayObLG RdL 60, 240 ff. (242) mit reicher Literatur; ältere Literatur bei Thole S. 47 Fn. 11.

2) Thole S. 50 ff.

3) Über die Konsequenzen vgl. unten C.

der BGH hat in ständiger Rspr. diese Ansicht vertreten (1).

Nach der Rspr. des BGH soll aber die Doppelnatur des Übergabevertrages bei Besitzungen, auf welche die HöfeO keine Anwendung findet, ausser Betracht bleiben. Dort soll der Übergabevertrag rechtlich nur als eine Veräusserung unter Lebenden behandelt werden, d. h., auch wenn er die Vorwegnahme einer Erbfolge enthält, keine erbrechtlichen Wirkungen zeitigen.

Diese verschiedene Bewertung gleichartiger wirtschaftlicher Vorgänge erklärt der BGH damit, dass das Gesetz in den §§ 7, 17 HöfeO besondere Bestimmungen geschaffen habe, die es erlaubten, ja geradezu nahelegten (2), der Doppelnatur des Übergabevertrages Rechnung zu tragen (3). Die Besonderheiten, die sich aus dem Zusammentreffen einer Grundstücksveräusserung unter Lebenden mit einer Vorwegnahme der Erbfolge ergeben, berücksichtige das Gesetz nur im Rahmen der HöfeO. Hier hätten öffentliche Interessen zu einer Sonderregelung behördlicher Zuständigkeit (vgl. oben S. 21 ff.), sowie zu eingehenden Bestimmungen über Erbfolge und Abfindungen geführt. Bei Besitzungen, die nicht der HöfeO unterstellt seien, blieben diese Gesichtspunkte ausser Betracht, hier seien auch mit Rücksicht auf die spätere Erbfolge vorgenommene Übertragungen wie Rechts-

---

1) BGH RdL 51, 129; RdL 51, 301; RdL 52, 133 mit Anm. von Wöhrmann; RdL 53 Nr. 17; BGHZ 8, 23 ff. (33).

2) BGH LM zu § 12 HöfeO Nr. 3.

3) Vgl. BGH RdL 55, 30.

geschäfte unter Lebenden zu behandeln (1).

So gebe § 7 HöfeO dem Bauern das Recht der Hoferbenbestimmung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, verleihe also einem Rechtsgeschäft unter Lebenden eine Funktion, die an sich nur einer Verfügung von Todes wegen zukäme.

Ferner könne der Hofeigentümer nach § 12 I HöfeO die Abfindung der Miterben abweichend von der gesetzlichen Regelung festlegen, also vertraglich eine Bestimmung treffen, die sonst nur durch Verfügung von Todes wegen möglich wäre.

Weiterhin habe der Vertrag auch insofern unmittelbar erbrechtliche Wirkung, als seine Durchführung gemäss § 17 I HöfeO die Abfindungsansprüche der Miterben entstehen lasse, bei Übertragung des Hofes also den Eintritt des Erbfalles fingiere.

Diese unterschiedliche Behandlung ist nicht unbestritten (2). So vertritt das OLG Hamm (3) die Ansicht, dass § 7 HöfeO keine Sonderbestimmung für Höfe darstelle, sondern nur einem allgemeinen Gedanken Ausdruck verleihe, dass die Doppelnatur für alle Übergabeverträge gelten müsse.

Diese Meinung kann jedenfalls durch den blossen Hinweis auf die Bestimmungen der HöfeO nicht überzeugend widerlegt werden (4).

---

1) BGH LM zu § 23 LVO Nr. 5, auch BGH NJW 53, 184.

2) Für eine Gleichbehandlung OLG Hamm NJW 54, 1504; Kregel RGRK § 2286 Anm. 5; wohl auch Wöhrmann II.

3) OLG Hamm a.a.O.

4) So auch Kregel in RGRK § 2286 Anm. 5.

Auch Wulff (1) meint, die Vorschriften der HöfeO hätten nichts Neues geschaffen, sondern sprächen nur aus, was sich aus dem Werden und der Entwicklung des Übergabevertrages als einer alten bäuerlichen Nachfolgeregelung ergebe (2). Riedel (3) und Schulte (4) bedauern den räumlich beschränkten Geltungsbereich der gesetzlichen Ausgestaltung, die der Übergabevertrag in der HöfeO erfahren hat, sehen sich aber ausser Stande, von der Rspr. des BGH abweichende Folgerungen zu ziehen.

In unserem Zusammenhang bedarf es keiner Klärung dieser Streitfrage, da es hier vornehmlich auf die Rechtsnatur des Hofübergabevertrages ankommt, über die allgemein Klarheit besteht.

C. Die rechtlichen Konsequenzen dieser Betrachtungsweise zeigen sich in der entsprechenden Anwendung erbrechtlicher Bestimmungen, vor allem des § 2289 BGB (5). Die nur entsprechende Anwendung beruht darauf, dass der Hofübergabevertrag trotz seiner erbrechtlichen Wirkung keine Verfügung von Todes wegen, sondern ein Rechtsgeschäft unter Lebenden ist (6). Andererseits ist er aber wegen seiner erbrechtlichen Wirkungen der Anwendung des § 2286 BGB entzogen, der für reine Rechtsgeschäfte unter Lebenden gilt.

---

1) Wulff S. 114.
2) Rötelmann IV S. 415.
3) Riedel I S. 186.
4) Schulte I S. 30.
5) Über weitere Konsequenzen s. Wulff a.a.O.
6) Vgl. Schulte VII S. 316.

Streng genommen handelt es sich nicht um eine analoge Anwendung des § 2289 BGB, da dieser nur die Folgen der Bindung ausspricht, die sich aus der Natur des Erbvertrages von selbst ergeben (1).

Die Anwendbarkeit des § 2289 BGB wirkt sich in verschiedener Weise aus:

Zunächst war angenommen worden, dass ein Übergabevertrag unwirksam sei, der mit einer früheren Hoferbenbestimmung durch Erbvertrag oder gemeinschaftliches Testament in Widerspruch steht (2).

Der BGH hat diesen Gedanken folgerichtig auf das Verhältnis zweier einander widersprechender Hofübergabeverträge ausgedehnt (3).

Mit Beschluss vom 16.12.1957 hat das OLG Celle (4) in demselben Sinne auch das Verhältnis eines Übergabevertrages zu einem späteren Erbvertrag beurteilt, indem es ausführte, dieser Fall sei ebenso zu behandeln, wie der bereits entschiedene umgekehrte. Schulte hält es für fraglich, ob gerade hier eine entsprechende Anwendung des § 2289 BGB angebracht und erforderlich sei. Denn der Partner des Übergabevertrages könnte von den Erben ohnehin die Übertragung des Hofes als Erfüllung der bereits begründeten Erblasserverbindlichkeit ver-

---

1) Keidel in Palandt § 2289 Anm. 1 ; BGHZ 26, 204.
2) Vgl. Schulte I; OLG Hamm JMBl NRW 51, 58; BGH RdL 51, 119; RdL 52, 132; RdL 56, 87; Wöhrmann I S. 236, V, 1 zu § 17; Lange in Lange-Wulff Anm. 98 zu § 7 HöfeO;
3) BGH MDR 52, 414 = RdL 52, 139 Nr. 16.
4) NdsRpfl. 60, 62.

langen, so dass bei dieser Betrachtungsweise der Vertragserbe zwar Hoferbe werden, es aber nicht bleiben könnte (1).

Diese Ansicht ist abzulehnen. Schulte trägt dem Gehalt des schuldrechtlichen Übergabevertrages als Ausübung des Hoferbenbestimmungsrechts nicht Rechnung, sondern will dem Übergabevertrag diese Funktion offenbar erst nach seiner tatsächlichen Durchführung zuerkennen (2). Dem kann nicht beigetreten werden (vgl. unten S. 89).

Diese Grundsätze müssen auch gelten, wenn eine der einander widersprechenden Hoferbenbestimmungen oder beide formlos zustande gekommen sind (3). Im Beschluss vom 16.2.1954 begründet der BGH die Nichtigkeit des späteren formgerechten Übergabevertrages allerdings vornehmlich mit § 138 BGB, was Schulte (4) verkennt.

D. Was die Rechtsnatur des Übergabevertrages in seiner Eigenschaft als Rechtsgeschäft unter Lebenden betrifft, so war man schon im gemeinen Recht bestrebt, ihn bekannten Vertragstypen zu unterordnen (5). Auch heute fehlt es nicht an Versuchen, den Übergabevertrag unter die Rechtsform der Verträge des BGB zu bringen, bzw. auf ihn die Regelung dieser Verträge entsprechend anzuwenden. Je nach der Gestaltung des Einzelfalles

---

1) Ausführlich Schulte VII S. 317.

2) Anders wohl Schulte V S. 362.

3) Vgl. BGH, Beschl. v. 9.2.1955, DNotZ 56, 134 ff. (135); OLG Celle RdL 61, 292 ff. (295); Schulte VII S. 317.

4) Schulte VII S. 317.

5) Vgl. Wulff S. 115.

sollen Kauf, Schenkung sowie Sonder- und Mischformen dieser Geschäfte in Frage kommen (1).

Dieses Problem ist hier ohne Bedeutung, doch sei darauf hingewiesen, dass die Behandlung des Übergabevertrages als contractus sui generis, der nur dem allgemeinen Vertrags- und Schuldrecht unterliegt, am ehesten den Kern der Sache trifft (2).

Als Formvorschriften kommen also die §§ 311, 313, 518 BGB in Frage.

III. Der Erbvertrag.

Der Erbvertrag ist eine Vereinbarung des Erblassers mit dem Begünstigten oder einem Dritten, durch die Erben berufen sowie Auflagen und Vermächtnisse festgesetzt werden können. Die Vertragsverfügungen sind einer einseitigen Änderung entzogen, der Erblasser ist nach Massgabe des § 2289 BGB in seiner Verfügungsfreiheit beschränkt.

Der Vermögensanfall erfolgt erst mit dem Tode des Erblassers. Vorher besteht kein Anspruch des Erben, auch kein Anwartschaftsrecht, etwa vergleichbar dem des Nacherben, vielmehr hat der Begünstigte lediglich eine Hoffnung (3).

Die Formbedürftigkeit des Erbvertrages ergibt sich

---

1) Vgl. hierüber ausführlich Wulff a.a.O.; ferner Brammer S. 64; OGHZ 1, 258 ff. (261); OGHZ 2, 160 ff. (165); BGH RdL 52, 11; BGHZ 30, 120 ff. (121); Rötelmann IV S. 414.

2) Vgl. Wulff S. 118 sowie Steppuhn S. 229.

3) Vgl. BGH DNotZ 54, 266; OLG Hamm RdL 55, 136 mit weiteren Nachweisen; Steppuhn S. 230.

aus § 2276 I BGB.

IV. Besondere Abgrenzungschwierigkeiten entstehen, falls sich die formlose Vereinbarung als Übergabevertrag darstellt, dessen Vollziehung bis zum Tode des Übergebers hinausgeschoben ist. Dieses Problem kann ohne weiteres auch bei einer formlosen Hoffolgevereinbarung auftreten (1).

Der OGHBrZ hat in einer Entscheidung (2) einen Vertrag (im Sinne des § 3 III des Preuss. Gesetzes betreffend das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen usw. v. 16.4.1860) des Inhalts, dass der Hof erst nach dem Tode des Übergebers an den Übernehmer aufgelassen werden sollte, nicht als Übergabevertrag angesehen, da er keine zu Lebzeiten des Übergebers eintretende Veränderung in den Eigentumsverhältnissen und damit keine Vorwegnahme der Erbfolge bewirke. Hier soll vielmehr ein verschleierter Erbvertrag vorliegen, insbesondere dann, wenn nicht nur der Hof, sondern auch das sonstige Vermögen übertragen werden soll.

Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden.

Nach dem bürgerlichen Recht ist eine Vorsorge für den Nachlass auf zweierlei Art möglich:

Einmal durch die Verfügungen von Todes wegen, nämlich Testament, gemeinschaftliches Testament und Erb-

---

1) Vgl. BGH, Beschl. v. 5.2.1957, NJW 57, 787 ff.
2) OGHBrZ NJW 49, 822.

vertrag. Durch diese Rechtsgeschäfte werden zwischen den Beteiligten zu Lebzeiten des Zuwendenden keine Pflichten begründet oder Rechte übertragen.

Wo ein solcher lebzeitiger Erfolg angestrebt wird, stehen die Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäfte unter Lebenden zur Verfügung, die grundsätzlich aufschiebend oder auflösend bedingt abgeschlossen werden können (vgl. §§ 158 ff. BGB), so dass ihre Vollwirksamkeit auf den Zeitpunkt des Todes abgestellt werden kann.

Diese Möglichkeit ist nur durch § 2301 BGB begrenzt, wonach schuldrechtliche Versprechen insoweit dem Recht der Verfügungen von Todes wegen unterstellt werden, als es sich dabei um Schenkungsversprechen handelt, die unter der Bedingung des Überlebens des Beschenkten gemacht worden sind. § 2301 BGB gilt also nicht für entgeltliche Verträge. Soweit § 2301 BGB die Formvorschrift des § 2276 BGB einschaltet, ist er natürlich bei formlosen Vereinbarungen ohne Funktion. Im übrigen muss er aber auch für unsere Fälle gelten.

Unter diesem Gesichtspunkt ist auch der vom OGHBrZ entschiedene Fall zu beurteilen.

Danach ist Pikalo (1) zuzustimmen, wenn er geltend macht, dass eine (stillschweigende) Bedingung des genannten Inhalts nicht ohne weiteres angenommen werden dürfe und in dem vom OGHBrZ entschiedenen Fall wohl auch nicht vorgelegen habe.

Auch der BGH (2) hat sich mit der Entscheidung des OGHBrZ auseinandergesetzt und erklärt, dass für über-

---

1) Pikalo II.

2) BGH NJW 53, 182 f.

gabeverträge bezüglich der Anwendbarkeit des § 2301 BGB nichts anderes gelten könne als bei anderen Verpflichtungsgeschäften, die der Erfüllung durch Leistung bedürfen. Der vom OGHBrZ aufgestellte Satz dürfe deshalb nicht zum Grundsatz erhoben werden.

Im Einklang mit der gesetzlichen Regelung steht wohl die Ansicht, dass § 2301 BGB auch auf Höfe im Sinne der HöfeO anzuwenden ist (1). Ist der Vollzug eines solchen Übergabevertrages bis zum Tode des Übergebers hinausgeschoben, so ist er gemäss § 2301 BGB dem Recht der Verfügungen von Todes wegen zu unterstellen, wenn es sich um eine Schenkung handelt und die Zuwendung unter der Bedingung des Überlebens des Beschenkten gemacht wurde (2).

V. Der Vorvertrag zu einem Übergabevertrag.

Ein Vorvertrag kommt nur zu einem Übergabevertrag, nicht zu einem Erbvertrag in Betracht, da sich niemand verpflichten kann, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten (§ 2302 BGB).

Durch einen Vorvertrag verpflichten sich die Parteien, demnächst einen Hauptvertrag abzuschliessen. Diese Abschlusspflicht führt im Weigerungsfall zur

---

1) Der BGH lässt diese Frage offen, s. NJW 53, 182 ff. (184).

2) Der BGH will eine verschleierte Verfügung von Todes wegen insbesondere dann annehmen, wenn die Beteiligten auch über zukünftiges Vermögen Abreden getroffen haben. Es bleibt unklar, wieso die oben im Text vorgenommene Betrachtungsweise nicht wenigstens gestreift wird.

Verurteilung und Vollstreckung gemäss § 894 ZPO. Da aber nur zum Abschluss eines Vertrages mit bestimmtem Inhalt verurteilt werden kann (wie er dem Vorvertrag, vor allem dem formlosen, zumeist fehlen wird) verlangt die Rspr. (1), dass der Inhalt im Wege der Auslegung des Vorvertrages durch den Richter festgestellt werden kann. Das RG hat in einer Entscheidung (2) ausgeführt, es müsse genügen, wenn "auch bei freiester Auslegung nach Massgabe der §§ 157, 242 BGB (3) ein dem Vertragszweck entsprechender, nach Möglichkeit der besonderen Sachlage angepasster und den Vertragsparteien zumutbarer Hauptvertragsinhalt sich festlegen lässt."

Hinsichtlich der Formbedürftigkeit gilt dasselbe wie beim Übergabevertrag selbst.

§ 2302 BGB steht dem Vorvertrag zu einem Übergabevertrag nicht entgegen. Ein Übergabevertrag begründet zwar die Verpflichtung, demnächst eine dingliche Verfügung vorzunehmen, durch die die Erbfolge vorweggenommen wird, aber diese Verpflichtung hat für sich allein schon unmittelbare erbrechtliche Wirkungen, da sie bereits die Bestimmung des Hoferben beinhaltet.

---

1) Vgl. RGZ 60, 120; RG Seuff.A 12 Nr. 138; OGH RdL 50, 31; BGH Betrieb 53, 124; 58, 763.

2) RG JW 38, 2742.

3) Vgl. hierzu unten S. 91 ff.

Aus der Doppelnatur des Hofübergabevertrages, der § 7 HöfeO Rechnung trägt, muss gefolgert werden, dass auch ein Vorvertrag zu einem Übergabevertrag nicht lediglich eine Verpflichtung im Sinne des § 2302 BGB, sondern bereits eine Bestimmung des Hofnachfolgers gemäss § 7 HöfeO enthält (1).

Wieacker (2) will dem Vorvertrag diesen Gehalt absprechen. Nach seiner Meinung stellt § 17 II HöfeO einem Erbvertrag nur die formgerechte und vollzogene, also effektive Übergabe gleich.

Das trifft nicht zu. Wiewohl das Wort "übergeben" in § 7 HöfeO auf einen dinglichen Rechtsakt hinzuweisen scheint, ist unter einem Übergabevertrag doch nichts anderes zu verstehen als das Verpflichtungsgeschäft auf Übereignung des Hofes, das vor allem durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch zu vollziehen ist (3). Schon das Verpflichtungsgeschäft, der schuldrechtliche Übergabevertrag, enthält also die Hoferbenbestimmung (4). Auch § 17 II HöfeO lässt keinen anderen Schluss zu. Diese Vorschrift besagt lediglich, dass die Geschwister zum Zeitpunkt der dinglichen Übertragung ihre Abfindung verlangen können, wenn der Hof übergeben wird. Zeitpunkt der Übertragung ist der Zeitpunkt der Eintragung des Übernehmers ins Grundbuch auf Grund des Übergabevertrages (5).

---

1) BGHZ 12, 286 ff. (307).
2) Wieacker I S. 121.
3) Brammer S. 47; Wöhrmann III S. 6; Schulte V S. 362.
4) Vgl. auch Pikalo NJW 50, 424.
5) Lange-Wulff § 17 Bem. 232.

Pikalo (1) führt aus, § 2302 BGB könne wohl kaum durch den Hinweis ausgeschaltet werden, der Vorvertrag zum Hofübergabevertrag enthalte schon die Hoferbenbestimmung nach § 7 HöfeO. Denn auch eine - nach § 2302 BGB unzulässige - Verpflichtung zur Bestimmung des Erben durch Verfügung von Todes wegen enthalte ebenso schon dessen Benennung wie ein Vorvertrag zu einem Hofübergabevertrag. Es könne für die gebotene Anwendung des § 2302 BGB mithin keinen Unterschied machen, ob der Eigentümer sich verpflichtet habe, dem Hoferben den Hof durch Übergabevertrag oder durch Verfügung von Todes wegen zuzuwenden.

Dem ist entgegenzuhalten, dass § 2302 BGB die Testierfreiheit schützen will, aber nicht daran hindern soll, eine Verpflichtung zur Vornahme eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden einzugehen, das sofort Rechte entstehen lässt und lediglich mit Rücksicht auf den Tod geschlossen wird (2).

Indirekt stimmt dem auch Roemer zu (3), wenn er meint, der BGH habe im Beschluss vom 16.2.1954 wohl mit Rücksicht auf § 2302 BGB den Zeitpunkt der Hoferbfolge auf Lebzeiten des Vaters verlegt (was aber nicht zutrifft).

---

1) Pikalo I S. 196
2) Rötelmann I S. 312.
3) Roemer S. 289.

§ 8. Inhaltliche Ergänzung der Hoffolgevereinbarung

Da eine formlose Vereinbarung in der Regel keine der Einzelheiten enthält, die notwendig zu einer Hoffolgevereinbarung gehören, bedarf es richterlicher Hilfe.

Die ergänzende Auslegung ist der praktisch wichtigste Anwendungsfall des § 157 BGB (1). Sie greift ein, wo Vertragslücken vorliegen, ohne deren Ausfüllung der Vertragszweck vereitelt werden würde.

Nach der Rechtsprechung ist für die Vertragsergänzung in erster Linie ein subjektives Merkmal massgebend, der hypothetische Parteiwille. Es ist also zu ermitteln, welche Erklärungen abgegeben worden wären, wenn die Parteien den fehlenden Punkt geregelt hätten.

Allerdings wird dieser hypothetische Parteiwille einer Objektivierung unterzogen. Es kommt nämlich nicht darauf an, wie sich die betreffenden Parteien in Wirklichkeit verhalten hätten, sondern wie sie als vernünftige, nach Treu und Glauben handelnde Vertragspartner verfahren wären (2).

Eine im Vordringen befindliche Lehre (3) fordert darüber hinaus eine weitere Objektivierung der ergänzenden Auslegung. Nach ihr kommt es nicht darauf an, was die Beteiligten vernünftigerweise bei

---

1) Ausführlich hierzu, insbesondere zum Verhältnis der §§ 133, 157, 242 BGB, vgl. Weber in Staud. § 242 Anm. 4 ff.

2) RGZ 92, 417; BGHZ 9, 273; 16, 71; BGH VersR 55, 209; BAG AP Nr. 7 zu Art. 3 GG; BB 1955, 255.

3) Vgl. Siebert in Soergel § 157 Anm. 82 ff. mit Nachw.

Kenntnis der Lücke erklärt hätten, sondern darauf, welche Folgerungen nach Treu und Glauben aus den abgegebenen Erklärungen zu ziehen sind. Treu und Glauben (§ 157 BGB) forderten von jeder Vertragspartei, alles das als Inhalt des Vertrags und danach als von ihr dem Sinne nach miterklärt gelten zu lassen, was sich, wenn auch nicht aus den Worten, so doch aus dem erkennbaren objektiven Vertragszweck, dem Sinnzusammenhang und dem Grundgedanken des Vertrages, gegebenenfalls unter Beobachtung einer besonderen Verkehrssitte und bei Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten als sachlich geboten, als durch den Vertrag selbst gefordert, ergibt.

Für diese Betrachtungsweise spricht der durch sie bewirkte Einklang zwischen der Methode der Ableitung einer Willenserklärung aus einem schlüssigen Verhalten und der inhaltlichen Ausfüllung dieser Willenserklärung. Es ist nur natürlich, wenn hier ein gemeinsamer Maßstab angelegt wird, zumal die Feststellung eines Erklärungstatbestandes und seine Auslegung eng zusammenhängen.

Da auch Erbverträge der ergänzenden Vertragsauslegung unterworfen sind (1), steht rechtlich nichts im Wege, formlose Hoffolgevereinbarungen jeder Art unter Berücksichtigung der oben genannten Gesichtspunkte zu ergänzen. In praktischer Hinsicht ergeben sich jedoch Schwierigkeiten:

---

1) Siebert in Soergel § 157 Anm. 1.

Rötelmann (1) meint, wo nichts Näheres vereinbart sei, werde man regelmässig annehmen können, dass ein Vorvertrag zum Abschluss eines Übergabevertrages zu den gesetzlichen Bedingungen gehe. Der Zeitpunkt der Übergabe solle nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der bäuerlichen Gewohnheiten bestimmt werden. In dem der Entscheidung des BGH vom 16.4.1954 zugrunde liegenden Fall z.B. hätte demnach der 38jährige Hofbewerber, Vater von 6 Kindern, von dem über 70 Jahre alten Hofeigentümer die sofortige Übergabe verlangen können.

Schulte (2) stimmt Rötelmann hinsichtlich der sofortigen Übergabe im besagten Fall zu, weist jedoch darauf hin, dass dies nicht allgemein gelten könne, vielmehr das Alter und der Kräftestand des Hofeigentümers sowie Alter und Familienstand des Übernehmers berücksichtigt werden müssten. Im übrigen besage es wenig, wenn sich der Vertragsinhalt nach den gesetzlichen Bedingungen richten solle, da zum Inhalt eines Übergabevertrages niemals nur die in der Begriffsbestimmung des § 7 HöfeO genannte Verpflichtung zur Übereignung des Hofes mit der Absicht, die künftige Erbfolge zu Lebzeiten des Hofeigentümers vorwegzunehmen, gehöre. Die HöfeO regele zwar die Versorgung des Ehegatten des Hofeigentümers und die Abfindung der weichenden Erben, doch sei es unerlässlich, die Versorgung des Hofeigentümers und der Familie sicherzustellen.

---

1) Rötelmann II S. 1645.
2) Schulte IV S. 180.

Schulte folgert daraus, es liege in der Natur der Sache, in dem tatsächlichen Verhalten einen Hofübergabevertrag mit all den Vereinbarungen zu erblicken, die in der betreffenden Gegend bei formgerechten Verträgen üblich seien, wie sie jeder Notar kenne und das Grundbuch sie ausweise.

Humbert (1) widerspricht solcher Anlehnung an die örtlichen Gepflogenheiten, da auf jedem Hof die Verhältnisse anders lägen. Er weist dabei auf eine Reihe von Punkten hin, deren individuelle Verschiedenheit von Hof zu Hof die Feststellung einer örtlichen Übung nicht zulasse. So sollen für den Zeitpunkt der Übergabe und die Altenteils- bzw. Abfindungsleistungen massgebend sein die Grösse und Bodenbeschaffenheit des Hofes, der Umfang des Privatvermögens, das Alter des Bauern und des Hoferben, die bereits erhaltenen Vorempfänge, die jeweils herrschenden wirtschaftlichen Verhältnisse, der Wert des Geldes und die Höhe der Preise für landwirtschaftliche Erzeugnisse. Humbert kommt daher zu dem Schluss, dass ohne genaue, ausdrücklich besprochene Vereinbarungen über den Zeitpunkt der Übergabe und die Art und Höhe der Leistungen des Übernehmers eine Vereinbarung über die Erbfolge nicht angenommen werden könne. Diese Erwägungen dehnt Humbert auch auf den Erbvertrag aus. Wenn hier der Zeitpunkt der Nachfolge und ein Altenteil nicht bestimmt zu werden brauchten, so müssten doch Versorgung

---

1) Humbert I S. 1858.

und Abfindung der übrigen Familienmitglieder geregelt werden, worauf der Bauer erfahrungsgemäss besonderes Gewicht lege.

Ebenso äussert sich Roemer (1), der darlegt, dass sich die von Schulte genannten Übergabetypen nicht feststellen liessen. Dies beruhe auf der Verschiedenheit der Lage -, Grösse-, Bewirtschaftungs- und Ertragsverhältnisse,der Familienverhältnisse, des Charakters und der Eignung der Beteiligten. Ferner bestünden Unterschiede in der Vermögenslage und der Ausgestaltung der Verträge je nach dem zwischen den Beteiligten herrschenden Vertrauen (Wunsch nach grundbuchlicher Sicherung usw.). Ein Übergabevertrag zu den gesetzlichen Bedingungen, wie ihn Rötelmann vorschlage, scheide aus, da ein solcher im Zweifel nicht gewollt sein dürfte, nachdem er so gut wie nie vorkomme. Letzteres, weil die gesetzlichen Abfindungen als viel zu niedrig empfunden würden (2).

In seinem Beschluss vom 5.2.1957 nahm schliesslich der BGH zu dieser Frage Stellung, indem er zutreffend ausführte, die mit sachkundigen Beisitzern besetzten Landwirtschaftsgerichte würden ohne Schwierigkeiten in der Lage sein, im Streitfall die Leistungen, wie sie der Leistungsfähigkeit des Hofes und der Üblichkeit entsprechen, festzusetzen.

Das trifft in der Tat zu. Es bedarf keiner "Übergabetypen", um diese ergänzende Vertragsauslegung zu ermöglichen. Eine Verkehrssitte ist zwar als Auslegungshilfe willkommen, aber nicht notwendig, sie ist ledig-

1) Roemer S. 289.
2) Roemer S. 289,290.

lich zu beachten, wo sie vorliegt. Ein sachkundiges Gericht wird unter Abwägung der übersehbaren Umstände meist eine Regelung treffen können, die objektiv gerechter und billiger ist, als sie die Beteiligten allein zustande gebracht hätten. Dies gilt sowohl für die Abfindungen als auch für den Übergabezeitpunkt.

Soweit geltend gemacht wird, ohne nähere Inhaltsbestimmung könne von einer Vereinbarung nicht gesprochen werden, könnte darin neben dem unberechtigten Hinweis auf die Unmöglichkeit richterlicher Vertragsergänzung die Behauptung liegen, der Abkömmling habe aus dem Verhalten des Bauern nicht auf einen Übergabewillen schliessen können, da die inhaltliche Regelung hinsichtlich der Abfindungen usw. einer derartigen Vereinbarung wesensmässig so verbunden sei, dass ohne sie das Verhalten des Bauern gar nicht als Vertragsangebot aufgefasst werden könne. Dieses Argument wäre ähnlich unzutreffend, wie jenes vom allgemeinen Bekanntsein der Formbedürftigkeit. Wenn der Bauer durch jahrelanges Verhalten den Eindruck erweckt, er wolle den Hof übergeben, so gibt er damit zu erkennen, dass die Regelung der Einzelheiten im Zeitpunkt der Übergabe erfolgen solle, wie dies ja auch am sachdienlichsten ist. Bei einem Vorvertrag wird das ganz besonders deutlich.

Ferner könnte der obige Einwand einen Hinweis auf § 154 BGB enthalten (1). Doch gilt diese Vorschrift

---

1) Vgl. Herminghausen S. 125.

eben nur im Zweifel, so dass eine Vertragsergänzung nach § 157 BGB den Vertrag retten kann (1). Um einen Vertragsschluss anzunehmen, ist es nicht erforderlich, dass die übereinstimmenden Willenserklärungen sämtliche Rechtsfolgen abschliessend regeln, ergänzend können vielmehr Gesetz, andere Rechtsnormen oder Auslegung nach § 157 BGB eingreifen. Die Erklärungen müssen so bestimmt sein, dass sich der wesentliche Inhalt der beabsichtigten Rechtsfolge feststellen lässt. Es muss mithin eine Einigung über die essentialia negotii vorliegen (2).

Herminghausen (3) macht noch geltend, grundsätzlich könne der Hofeigentümer die Abfindungen gemäss § 12 I HöfeO nach seinem eigenen Ermessen regeln. Es verstosse daher gegen das Gesetz, wenn in den Fällen, in denen ein Vertrag angenommen werde, das Gericht an seiner Stelle die Festsetzung vornehme. Eine Regelung nach sog. objektiven Maßstäben anderer Leute, eines Gerichts oder einer sonstigen Behörde würde dem bei Schweigen der Beteiligten unterstellten Vertragswillen in den meisten Fällen nicht gerecht werden.

Darauf ist folgendes zu erwidern: Das Recht des Hofeigentümers, die Abfindungen nach freiem Ermessen festzusetzen, besteht in einer weitgehenden Freiheit

---

1) Danckelmann in Palandt § 154 Anm. 1.
2) Danckelmann in Palandt Einf. 1 vor § 145
3) Herminghausen S. 126.

von gesetzlichen Bindungen. Es wird mit dem Abschluss eines Übergabevertrags ausgeübt und damit hängt seine Realisierung von der Annahme des Angebotes durch den Hoffolger ab. Wenn der Hoffolger seine Annahmeerklärung abgegeben hat und der Vertrag formgerecht zustande gekommen ist, hat der Hofeigentümer nicht mehr die Möglichkeit, die Höhe der Abfindungen einseitig festzulegen. Dies ist auch der Fall, wenn der Vertrag formlos zustande gekommen ist. Mit seinem Verhalten hat der Hofeigentümer zu verstehen gegeben, er wolle seinem Abkömmling den Hof überlassen, sich also schon jetzt unbedingt binden und die nähere Ausgestaltung später, etwa bei der tatsächlichen Übergabe, vornehmen. Dabei ist aber zu beachten, dass die Erklärung des Hofeigentümers nicht den Inhalt hatte, er wolle später den Vertrag beliebig ausgestalten, sondern er wolle sich im Rahmen des Üblichen und Billigen mit dem Abkömmling einigen. Eine andere Auslegung ist nach Treu und Glauben nicht möglich. Wer einen Abkömmling auf die Hoferbfolge vorbereitet, kann sich nicht insgeheim vorbehalten, ihm bei der tatsächlichen Durchführung Bedingungen aufzuerlegen, mit denen jener nicht rechnen konnte.

Wenn aber der Bauer zum Ausdruck brachte, er werde zum gegebenen Zeitpunkt den Vertragsinhalt zusammen mit dem Abkömmling in dem Bemühen festlegen, den Anforderungen aller Beteiligten möglichst gerecht zu werden, dann ist nicht einzusehen, warum nicht das Gericht diese Ausgestaltung an seiner Stelle sollte vornehmen können. Hätte der Abkömmling mit Verpflichtungen rechnen müssen, die über die Leistungsfähigkeit

des Hofes und das Mass des Üblichen hinausgehen, dann hätte er wohl die im Verhalten des Hofeigentümers liegende Offerte nicht angenommen. Dass er sie angenommen hat, zeigt, dass er mit einer vernünftigen Regelung rechnete, mit der er auch rechnen durfte.

§ 9. Ergebnis

Die Einwände, die sich bei den hier in Frage stehenden Fällen gegen das Vorliegen des Tatbestandes einer Willenserklärung des Hofeigentümers richten und aus diesem Grunde eine Bindungswirkung ablehnen, sind nicht stichhaltig. Es ist lediglich im Einzelfall festzustellen, ob die zwischen den Beteiligten mit der rechtsgeschäftlichen Annahme des Jungbauern (s. oben S. 62) zustande gekommene Vereinbarung dem Inhalt eines Übergabe-, Übergabevor- oder Erbvertrages entspricht.

§ 10. Formnichtigkeit

I. Nunmehr geht es um die Frage, ob der tatbestandlich vorliegenden, aber formlosen Willenserklärung die Wirksamkeit gemäss § 125 BGB abgesprochen werden muss, oder ob § 242 BGB ein Hinwegsetzen über diese Vorschrift rechtfertigt. Das Verhältnis dieser beiden Normen ist der umstrittenste Punkt der neuen Rechtsprechung.

Thole umgeht diese Problemstellung, indem er ausführt, § 313 BGB als die für den Übergabevertrag zu-

treffende Formvorschrift setze Willenserklärungen voraus. Wo ein Vertragsverhältnis trotz des Fehlens von Willenserklärungen angenommen werde, sei § 313 BGB funktionslos. Auf diesen Umstand weist bereits Lorenz (1) hin, der ausführt, da einer der hauptsächlichsten Zwecke des Formgebotes in den §§ 311, 313 BGB im Schutz des Verpflichteten vor unüberlegten und im Grunde ungewollten vertraglichen Bindungen bestehe, sei somit die Formvorschrift von vornherein funktionslos, wenn es auf den konkreten Bindungswillen nicht ankomme. Treu und Glauben hätten nach Ansicht von Lorenz nicht mehr bemüht zu werden brauchen, um über die Formnichtigkeit hinwegzukommen. Die Erörterungen zur Formfrage hätten im Beschluss des BGH daher keine innere Beziehung mehr zu den eigentlichen Gründen, die das Gericht anführe.

Diese Funktionslosigkeit möchte jedoch Thole nicht hinnehmen, weil der Gesetzgeber mit Rücksicht auf die soziale Bedeutung von Grund und Boden Grundstücksübereignungsverpflichtungen nur unter formalen Voraussetzungen zustande kommen lassen wolle. Deshalb stehe der in § 313 BGB zum Ausdruck gelangte Wille des Gesetzgebers der Anerkennung eines nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrundes für solche Verpflichtungen, die zu ihrer Begründung der Form des § 313 BGB bedürfen, entgegen. Von einer Formnichtigkeit gemäss § 125 BGB könne daher nicht gesprochen werden. Denn

---

1) Lorenz S. 383.

einmal setze § 125 BGB Willenserklärungen voraus, zum anderen liege kein Formmangel vor, wo es sich um ein Hofübergabevertragsverhältnis auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage handle, für das keine positivrechtlichen Formvorschriften bestünden, die verletzt werden könnten.

Diesen Grundsatz will aber Thole mit Hilfe des § 242 BGB für gewisse Ausnahmefälle durchbrechen, so für die formlose Hofübergabe.

Sofern beide Autoren davon sprechen, die Vorschriften könnten auf einen nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrund keine Anwendung finden, ist schon dieser Ausgangspunkt unrichtig. Um einen nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrund handelt es sich bei den Hoferbfolgefällen nicht, dieser wird lediglich von Lorenz behauptet, von Thole mit der Anwendung des § 242 BGB als alleiniger Entstehungsgrundlage für Hofübergabevertragsverhältnisse erst geschaffen.

Ferner ist die Meinung unzutreffend, der in § 313 BGB zum Ausdruck gekommene Wille des Gesetzgebers stehe einem nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrund entgegen. Der Wille des Gesetzgebers steht primär einem Rechtsgeschäft entgegen, das ohne Beobachtung der Formzwecke des § 313 BGB zustande gekommen ist und versagt ihm die Rechtswirksamkeit (§ 125 BGB). Für rechtsgeschäftliche und nichtrechtsgeschäftliche Entstehungsgründe eines Vertragsverhältnisses lautet daher die Frage gleichermassen:

Gibt es eine Möglichkeit, diese Nichtigkeitsfolge auszuschliessen?

II. Das Reichsgericht (1) vertrat zunächst die Auffassung, § 125 BGB verdiene den Vorrang. Wer einen nichtigen Vertrag schliesse, müsse sich gefallen lassen, dass sein Vertragspartner die Nichtigkeit geltend mache. Dieser gebrauche lediglich sein Recht und verstosse daher nicht gegen Treu und Glauben.

Die ersten Ausnahmen von diesem Grundsatz machte das Reichsgericht seit dem Jahre 1907 vor allem für den Fall, dass ein Vertragspartner die Formnichtigkeit eines Vertrages durch Täuschung in der Absicht herbeigeführt hatte, sich später auf diesen Mangel zu berufen. Das Reichsgericht liess hier die Einrede der Arglist gegen die Berufung auf den Formmangel zu (2).

Im folgenden wurde die Berufung auf die Nichtigkeit auch dann versagt, wenn eine Partei vorsätzlich, fahrlässig oder auch schuldlos in der anderen Partei den Irrtum erweckt hatte, der Vertrag bedürfe keiner Form (3). Später verzichtete das RG auch auf das Irrtumserfordernis (4) und liess die Arglisteinrede schon zu, wenn eine Partei, sei es auch unabsichtlich, mit der

---

1) RGZ 52, 1; 72, 343; 73, 205; für die Auffassung weiter vor allem Siber S. 376 f.; Larenz II S. 53 f. OLG Koblenz HEZ 2, 1.

2) RGZ 96, 313.

3) RGZ 107, 357 ff. (361); 107, 189; 117, 121; vgl. auch RG JW 1936, 97, 1213, 1926.

4) RGZ 153, 59; vgl. RG JW 1938, 1023, 1721, 2426 m. Anm. von Matthiessen.

Berufung auf die Formnichtigkeit ein Verhalten einnahm, das mit ihrem früheren Verhalten nach allgemeinem Volksempfinden unvereinbar war.

Entsprach diese Anforderung dem Verbot des venire contra factum proprium, so hat es das RG für die Versagung der Berufung auf die Formnichtigkeit zuletzt genügen lassen, dass es nach den gesamten Umständen des Falles mit dem Grundsatz von Treu und Glauben unvereinbar wäre, den Vertrag am Formmangel scheitern zu lassen (1).

Die Rspr. nach dem zweiten Weltkrieg ist bemüht, bei grundsätzlicher Aufrechterhaltung der Judikatur des RG einer übermässigen Ausweitung der Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben zu steuern.

Die Berufung auf die mangelnde Form darf nicht nur zu einem harten, sie muss zu einem untragbaren, nicht zumutbaren Ergebnis führen. Dabei sind an die Prüfung der Nichtzumutbarkeit strenge Anforderungen zu stellen (2).

Insgesamt zeigt sich also, dass sich das Hauptgewicht der Betrachtung von dem Parteiverhalten bei Vertragsschluss (dolus praeteritus) zunächst auf das gegenwärtige Verhalten (dolus praesentis) verlagert hat und sich jetzt ganz allgemein auf die gesamte Rechtslage zur Zeit der Entscheidung erstreckt.

---

1) RGZ 157, 207; vgl. RGZ 169, 73; 170, 203; OGHZ 1, 217 = NJW 1949, 62; BGHZ 12, 286; 23, 249.

2) BGHZ 29, 6; BGH LM Nr. 15 zu § 133 BGB; BGH NJW 1957, 1275; zum Ganzen ausführlich Weber in Staud. § 242 Anm. D 417 ff. mit reicher Literatur.

Heute spricht man übrigens nicht mehr von einer Einrede, sondern von einer besonderen Gestaltung des Falles, angesichts deren von Amts wegen dem Mangel der Form die Rechtsfolge der Nichtigkeit zu versagen ist (1).

Eine solche besondere Gestaltung des Falles hat der BGH mit Recht in Verhältnissen der eingangs geschilderten Art auf Bauernhöfen erblickt und zwar wegen des langjährigen auf die Hoffolge ausgerichteten Verhaltens der Beteiligten oder eines erheblichen wirtschaftlichen Opfers des Abkömmlings (vgl. hierzu oben S. 34 f.).

III. Gegen die Anwendung dieser Gedanken stellen sich die Kritiker zum Teil mit Einwänden, die ganz allgemein das Verhältnis von Fallgerechtigkeit und Rechtssicherheit betreffen und von jeher gegen die Rechtsprechung zur Formnichtigkeit vorgebracht wurden (2), zum Teil mit solchen, die speziell auf das Höferecht als neuesten Anwendungsfall dieser Rechtsprechung ausgerichtet sind:

A. Es wird geltend gemacht, die gesetzlichen Formgebote müssten unbedingt eingehalten werden, da ihr Sinn letzten Endes darin bestehe, die Sicherheit des Rechtslebens zu gewährleisten (3). Formvorschriften seien eben mehr als blosse Formalitäten, ihre Übergehung löse die staatliche Gesetzesordnung auf (4). Die Form-

---

1) BGHZ 12, 304; dagegen Gernhuber, insbes. S. 154.

2) Ausführlicher Literaturnachweis bei Staudinger § 242 Anm. D 437.

3) Krause S. 162 mit Hinweisen; OLG Kolbenz HEZ 2, 1 ff. = DRZ 49, 40 ff., ausdrücklich auf einem Rechtsgutachten von F.W. Bosch fussend.

4) Bosch a.a.O.

vorschriften seien mit gutem Recht vorgeschrieben, die Feststellung, ob diese Formen gewahrt seien, habe mit Treu und Glauben nichts zu tun (1). Es müsse insbesondere bedenklich erscheinen, wenn auch die konkrete Voraussetzung gegensätzlichen Verhaltens fallen gelassen werde und damit die Entscheidung über die Wirksamkeit eines formnichtigen Vertrages zu einer über Treu und Glauben hinausgehenden reinen Billigkeitsentscheidung werde (2).

Der immer drohende Widerspruch zwischen der persönlichen ethischen Anforderung an die Prozessparteien und dem allgemeinen Interesse an der Wahrung der zwingend vorgeschriebenen Ordnung könne nicht im Sinne einer weichlichen und totalitären Billigkeit beseitigt werden. Man dürfe nicht das materiale Gerechtigkeitselement unterschätzen, das in der grösstmöglichen Gewissheit über die Geltung einer bestimmten Rechtsordnung und ihrer gesetzlichen Rechtsgeschäfte liege. Art. 20 III GG umfasse eine Vielzahl von Rechtsquellen verschiedener Art, von denen jedoch keine zur Freirechtsschöpfung contra legem ermächtige (3). Nachdem die Rechtssicherheit auf dem Gebiete des Privatrechts durch staatliche Ein-

---

1) Vgl. Matthiessen I, II und III sowie OLG Koblenz DRZ 1949, 40.

2) Vgl. Coing in Staud. § 125 Anm. 34; Weber in Staud. § 242 Anm. D 440; Gernhuber S. 158; Schlegelberger-Vogels-Epping § 242 Anm. 37; Enn.-Nipperdey § 154 III 4; Westermann in Erman zu § 125 Anm. 5; Boehmer II 2, 1952, 99.

3) Wieacker I S. 123.

griffe, vor allem das Genehmigungswesen, durchlöchert und das Grundbuch in seinem öffentlichen Glauben immer mehr gefährdet werde, könnten weitere Gefahren für die Rechtssicherheit, wie sie die Rspr. des BGH mit sich bringe, nicht verantwortet werden (1). Der Richter habe so zu urteilen, dass die Maxime seiner Entscheidung zur allgemeinen Norm erhoben werden könnte, was bei der Berufung auf die konkrete Billigkeit des Einzelfalles nicht möglich sei. Besser als durch Billigkeit um jeden Preis werde am Ende der Sache durch ein Festbleiben in den grundsätzlichen Formerfordernissen gedient (2). Es sei wohl besser, in ganz wenigen Einzelfällen eine gewisse Unbilligkeit hinzunehmen, als eine allgemeine Rechtsunsicherheit herbeizuführen (3).

Formvorschriften können bezwecken, die Parteien vor Übereilung zu schützen, die Rechtssicherheit (Abschlussklarheit, Inhaltsklarheit, Beweissicherung, Vermeidung oder Vereinfachung von Prozessen) (4) sowie fachmännische Beratung, Erkennbarkeit für Dritte, Erschwerung bestimmter Vertragsschlüsse im öffentlichen Interesse oder die Überwachung zu gewährleisten (5).

Wenn ein Hofeigentümer einen Abkömmling nun jahre- oder jahrzehntelang wirtschaften lässt, so ist seine darin liegende Erklärung in der ganzen Gegend bekannter

---

1) Roemer S. 293.
2) Wieacker II S. 290, 291.
3) Humbert II S. 264.
4) Motive I, 179, 180; vgl. auch Heldrich a.a.O.
5) Siebert in Soergel § 242 Anm. 221.

und offenkundiger, als eine formgerechte Erklärung es sein könnte. Erkennbarkeit für Dritte ist also gegeben; die Abschlussklarheit ist nicht nur gewährleistet, sondern unabdingbare Voraussetzung für die Annahme einer Bindungswirkung des Verhaltens des Hofeigentümers. Eine Übereilung ist nicht zu befürchten, wo sich der Hofeigentümer innerlich jahrelang mit dem Problem der Hoffolge auseinandergesetzt hat (wo bei fehlendem Geschäftswillen der Vertrauensschutz eingreift, verliert der Übereilungsschutz seine Bedeutung). Auf die Inhaltsklarheit in Nebenpunkten und auf die fachmännische Beratung kann verzichtet werden, da es sich um Verträge handelt, die vom Gericht ohne Schwierigkeit ergänzt werden können, so dass die fachmännische Hilfe praktisch später einsetzt. Eine Erschwerung im öffentlichen Interesse soll weder bei Übergabe- noch bei Erbverträgen herbeigeführt werden. Die Überwachung schliesslich wird bei Übergabe- und Erbverträgen durch die Landwirtschaftsgerichte wahrgenommen (1).

Diese Tatsachen sprechen gegen die befürchtete Gefährdung der Rechtssicherheit. Das Recht ist nicht Selbstzweck, noch weniger eine Formvorschrift. Alle Formvorschriften dienen den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs, darin erschöpft sich ihre Bedeutung. Sie dürfen nicht zu Fallstricken werden, wo der Zweck ohnehin erreicht ist (2).

---

1) Zum Ganzen vgl. Rötelmann I S. 311; Schulte IV S. 179.
2) Vgl. Krause S. 162 m. Nachweisen.

Trotzdem wäre es falsch, sich darüber hinwegtäuschen zu wollen, dass die Rechtssicherheit eine Einbusse erfährt, wo Formvorschriften übergangen werden, wie dies Rötelmann tut (1). Man kann sich letzten Endes nicht der Antwort auf die Frage entziehen, wie der Konflikt zwischen § 125 BGB und § 242 BGB gelöst werden soll.

Es erscheint nicht angebracht, den Vorrang des einen oder anderen Rechtsgutes zu betonen, wie es häufig geschieht. Vielmehr sind Rechtssicherheit und Gerechtigkeit als gleichrangige Rechtsgüter zu betrachten. Die so entstehende Kollision muss durch eine Abgrenzung der Herrschaftsbereiche beider Vorschriften geregelt werden (2). Der Geltungsbereich des § 125 BGB wird dort enden müssen, wo die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zu schlechthin untragbaren Ergebnissen führen würde (3).

Wer zur absoluten Formstrenge zurückkehren will, wie es das OLG Koblenz getan hat, der muss in jahrzehntelanger Rspr. geschaffenes Richterrecht beseitigen und das Rad der Rechtsentwicklung in die Zeit vor 1923 zurückdrehen (4).

Wo Mass gehalten wird und strenge Anforderungen gestellt werden, wie der BGH verlangt, ist nicht zu befürchten, dass durch diese Vermeidung ausgesprochener

---

1) Rötelmann I S. 311.

2) BGHZ 23, 249 mit Hinweisen; Reinicke II S. 642; Siebert in Soergel § 242 Anm. 223.

3) OGHZ 1, 219: "Das Gebot, Rechtsgeschäfte, die der gesetzlich vorgeschriebenen Form entbehren, als nichtig zu behandeln, verlangt grundsätzlich Anerkennung. Nur in Ausnahmefällen, zur Vermeidung schlechthin untragbarer Ergebnisse, darf auf Grund des § 242 BGB hiervon abgewichen werden."

4) Schulte V S. 364.

Härtefälle eine Verwilderung der Rechtsprechung und Rechtsunsicherheit anstelle von Rechtsklarheit entsteht (1). Die Rspr. zur Formnichtigkeit im Schuldrecht hat ebenfalls nicht rechtsauflösend gewirkt (2).

In diesem Zusammenhang wird noch behauptet, für Rechtsfindung und Rechtsberatung würden sich unlösbare Schwierigkeiten ergeben. Es wäre nicht einfach, jeweils bestehende rechtserhebliche Bindungen des Erblassers ausfindig zu machen (3). Der Notar würde daher bei der Errichtung von Testamenten sowie bei der Beurkundung von Übergabeverträgen nicht mehr versichern können, dass seine Beurkundung Rechtsfolgen zeitige, auf die die Beteiligten vertrauen dürften (4). Sodann entstünden Schwierigkeiten für die Rechtsfindung selbst (5), oft würden besonders eingehende Nachforschungen und sorgfältige Abwägung der Entscheidung vorangehen müssen. Die Aussagen der in Frage kommenden Zeugen würden nicht nur wegen des langen Zeitraumes unsicher sein, sondern es bestehe vor allem die Gefahr einer bewussten oder unbewussten Verfälschung des Erblasserwillens wegen des persönlichen Interesses am Ausgang des Verfahrens. Sei es, dass die Zeugen selbst einen Anspruch auf den Hof erheben wollten, sei es, dass ihnen ein bestimmter Verwandter als Hoferbe willkommen wäre (6).

---

1) Vgl. BGHZ 23, 249 mit Hinweisen; OGHZ 1, 217; Rötelmann I S. 311; Riedel III; vgl. auch Schulte IV S. 178, 179 und V S. 364; Herminghausen S. 121.

2) Herminghausen S. 121.

3) Pikalo I S. 194.

4) Roemer S. 293.

5) Vgl. Schulte IV S. 178.

6) Humbert I S. 1859.

Es ist selbstverständlich, dass eine solche Rechtsprechung an die Gerichte höhere Anforderungen stellt als die absolute Formstrenge, die ein rein schematisches Urteilen erlaubt. Das darf aber nicht entscheidend sein, sonst wäre manch fortschrittliche Rechtsentwicklung unterblieben (1). Nicht wenige Richter werden übrigens die Möglichkeit begrüssen, eine lebensnahe und billige Entscheidung fällen zu können. Es ist ferner nicht zu vergessen, dass die hier erhobenen Bedenken wohl zum Teil nicht vorgetragen würden, wenn sich die Rspr. auf eine gesetzliche Regelung stützen könnte, ähnlich etwa dem § 17 III Rhld.-Pf. (2).

Nach den Ausführungen des Beschlusses des BGH vom 5.2.1957 soll sich die Rspr. bis jetzt auf durchaus sicherem Boden bewegen (3). Wenngleich diese Behauptung im Hinblick auf die Zukunft vielleicht zu optimistisch sein dürfte (4), hat sich das Gegenteil jedenfalls bisher nicht herausgestellt.

Im ganzen ist wohl zu sagen, dass die Schwierigkeiten, die für Richter, Notar und Anwalt entstehen, nicht überschätzt werden dürfen (5). Wenn nur hinreichend strenge Anforderungen gestellt werden, wie der BGH verlangt, können Unsicherheit und Ausuferung vermieden werden.

---

1) Schulte IV S. 178.

2) Auch gegen eine gesetzliche Regelung dieser Art wendet sich Humbert I S. 1860.

3) BGHZ 23, 249.

4) Humbert II S. 164.

5) Schulte V S. 364.

Pikalo (1) meint, im Recht der Verfügungen von Todes wegen wiege der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit besonders schwer, weshalb bislang ein Hinwegsetzen über zwingende Formvorschriften unter Berufung auf Treu und Glauben unterblieben sei.

Diese Ansicht erscheint schon deshalb fraglich, weil Formfehler bei Verfügungen von Todes wegen meist erst nach Ableben des Erblassers entdeckt werden, so dass sie nicht mehr berichtigt werden können. Hier müsste der Billigkeitsgrundsatz erst recht eingreifen, womit nicht zuletzt auch der Testierfreiheit ein Dienst erwiesen wäre (2).

B. Wieacker meint, die Rspr. habe die im Schuldrecht entwickelten Grundsätze bisher nicht auf das Sachen-, Familien- und Erbrecht ausgedehnt, weil die damit verbundene Gestaltung absoluter Rechtslagen dem Richter eine untragbare Verantwortung für die Wirkung inter omnes auferlege, die am Verfahren nicht beteiligt waren (3). Mit gutem Grund habe die Rspr. niemals bei unterbliebener Auflassung einen Vertragspartner als Grundeigentümer, bei unterbliebener Eheschliessung als Ehemann behandelt. Ebensowenig sei der Bedachte eines formnichtigen Testaments, der Partner eines formlosen Erbvertrages als Erbe behandelt worden (schon mangels Anspruchs) oder eine Kreditzusage als Hypothekenbestellung angesehen worden (4). Die Rspr. diene der sozialen

---

1) Pikalo I S. 195 Fn. 21.
2) Krause S. 162.
3) Wieacker I S. 121 und II S. 289.
4) Wieacker II S. 289.

Ordnung durch gerechte Entscheidungen, nicht durch die Gestaltung sozial richtiger Zustände, wie die Verwaltung (1).

Darauf ist zu entgegnen, dass der BGH keine Rechtslage gestaltet, sondern nur feststellt, welche Rechtslage der Hofeigentümer gestaltet hat (2). Von einer Gestaltung könnte man nur sprechen, wenn der BGH nicht das Verhalten des Bauern zur Grundlage seiner Entscheidung machen würde, sondern Umstände, die vom privatrechtsgeschäftlichen Einfluss der Beteiligten unabhängig sind, z.B. das Alter.

Ausserdem sind die Beispiele Wieackers ungünstig gewählt:

Es wird niemand einfallen, eine formlose Auflassung oder Hypothekenbestellung zu behaupten, da diese zu ihrer Wirksamkeit einer Eintragung im Grundbuch bedarf, während eine Klage aus dem Grundgeschäft zu dem selben Erfolg führt. Die formlose Ehe ist eine Nichtehe, ein nullum, anders als ein nichtiger Vertrag, dem lediglich von der Rechtsordnung die Wirksamkeit versagt, bzw. unter besonderen Umständen zugestanden wird (3).

Die Verfügungen von Todes wegen können hier nicht als Beispiel dienen, da sie gerade Gegenstand der Diskussion sind.

---

1) Wieacker I S. 124, 125.
2) Schulte V S. 362 und IV S. 181.
3) Vgl. Enn.-Nipperdey § 154 III 4.

C. Pikalo (1) erklärt, es handle sich bei der neuen Rspr. um eine entscheidende Fortentwicklung des landwirtschaftlichen Sonderrechts unter Bruch mit überkommenen, allgemein gültigen und bewährten Grundsätzen, die angesichts der fortschreitenden Spezialisierung auf allen Lebensgebieten vermieden werden müsse.

Auch Humbert (2) warnt vor einer weiteren Ausdehnung der speziell für die Bauern geltenden Beschränkungen, die im Gegensatz zum geltenden Höferecht nicht einmal durch Erbsitte gerechtfertigt wäre.

Von der Schaffung weiteren Sonderrechts kann indes nicht die Rede sein. Die Lehre von der Gültigkeit eines formfehlerhaften Vertrages ist nicht auf dem Gebiet des Landwirtschaftsrechts entwickelt worden (3) und sie wird auch nicht auf das Landwirtschaftsrecht beschränkt bleiben. Was für Höfe im Sinne der HöfeO gilt, muss ebenso gelten für andere landwirtschaftliche Besitzungen in der ehemaligen britischen Zone, für Landgüter jeder Art in den übrigen Gebieten, sowie für Ladengeschäfte, Handelsbetriebe, Gaststätten, kleinere Fabrikbetriebe und dergl. (4). Tatsächlich hat auch schon der BGH eine Ausdehnung seiner Rspr. auf die Erbfolge in einen Betrieb des Kleingewerbes erwogen (5). Richtig ist allerdings, dass die tatsächlichen Umstände sowie die

---

1) Pikalo I S. 194.
2) Humbert II S. 165.
3) Schulte IV S. 178; Herminghausen S. 179.
4) Baur S. 631; Pikalo I S. 195; vgl. auch Humbert I S. 1859, Herminghausen S. 122 und Schulte V S. 364.
5) BGH MDR 1959, 290 ff.

starke, rechtlich fundierte Bezogenheit auf die Abkömmlinge im Höferecht weit eher als anderswo die Annahme einer Bindung rechtfertigen werden (1).

Umgekehrt führt Herminghausen aus, wenn der Grundsatz des BGH richtig sei, könne er nicht auf das Höferecht beschränkt bleiben. Er müsse dann vielmehr für alle Fälle gelten, in denen für die Wirksamkeit der Erklärungen eine bestimmte Form vorgeschrieben ist. Um den BGH ad absurdum zu führen, zählt Herminghausen sodann eine Reihe formbedürftiger Rechtsgeschäfte auf (2).

Damit ist jedoch nichts gewonnen. Einmal will Herminghausen offenbar alle Fälle einbeziehen, in denen bewiesen werden kann, dass ein Rechtsgeschäft (formlos) abgeschlossen wurde etc., ohne dass besondere Umstände hinzukommen müssten, die doch nach der Rspr. des BGH Voraussetzung und Anlass dafür sind, dass man sich im Namen der Billigkeit über zwingende Formvorschriften hinwegsetzt. Zum anderen sind die allgemeinen Grundsätze über die Unbeachtlichkeit von Formverstössen auf bestimmten Rechtsgebieten nur modifiziert anwendbar (3), oder es können nach dem Sinn bestimmter Formvorschriften diese Grundsätze schlechthin ausgeschlossen sein, so z. B. für die Eheschliessung.

---

1) Schulte V S. 362; Rötelmann I S. 311 und II S. 1644.
2) Herminghausen S. 129 ff.
3) Enn.-Nipperdey § 154 IV 1, Fn. 23.

D. Wieacker (1) macht geltend, die neue Maxime hebe die Testierfreiheit auch in den Grenzen auf, die ihr im Höferecht gewahrt worden seien, sie bedeute eine Gefährdung des Prinzips der Privatautonomie, die mit der Vorstellung unserer Grundordnung (Art. 2 I, 12 I GG) von der Wirkungssphäre der Grundrechte wohl nicht mehr vereinbar sei. In einen beliebigen nichtrechtsgeschäftlichen Sachverhalt würde eine Erbeinsetzung hineininterpretiert, um so ein freies richterliches Diktat der Erbfolge zu ermöglichen.

Diese Behauptungen Wieackers treffen nicht zu. Der BGH bestimmt nicht den Erben, sondern stellt fest, wen der Hofeigentümer bestimmt hat (2). Wo der Hofeigentümer die Testierfreiheit formlos ausüben kann, könnte man eher sagen, sie werde erweitert, denn eingeschränkt (3). Der Hofeigentümer wird lediglich an seinem eigenen, für Dritte eindeutigen Verhalten festgehalten, und der Grundgedanke der Privatautonomie wird hier ebenso wenig verneint, wie bei jeder anderen Art der Vertrauenshaftung.

Aus diesem Grunde geht auch Rötelmann fehl (4), wenn er die vermeintliche Begrenzung des freien Bestimmungsrechts als bewährter bäuerlicher Auffassung und dem für alle Rechtsgebiete massgebenden § 242 BGB entsprechend begrüsst (5).

---

1) Wieacker I S. 122 und II S. 290; vgl. auch Flume S. 52 ff.
2) Schulte V S. 363 und IV S. 181.
3) Schulte IV S. 178.
4) Rötelmann II S. 1644.
5) Vgl. Schulte IV S. 178.

E.Pikalo (1) glaubt, die Gefahr einer weiteren inhaltlichen Aushöhlung des freien landwirtschaftlichen Eigentums zu erkennen.

Das Eigentum wird jedoch nicht ausgehöhlt, wenn ausnahmsweise auf die Form für ein Rechtsgeschäft über das Eigentum verzichtet wird (2). Es verhält sich insofern wie mit der Testierfreiheit.

F. Im Beschluss vom 9.2.1955 führt der BGH aus, da die Bestimmung des Hoferben durch Übergabevertrag oder letztwillige Verfügung (hier muss es wohl heissen: Verfügung von Todes wegen) (§ 7 HöfeO) an eine bestimmte Form gebunden sei, müssten an den Beweis einer in der HöfeO nicht ausdrücklich vorgesehenen formlosen Vereinbarung über die Hofnachfolge strenge Anforderungen gestellt werden (3).

Reinicke (4) vermisst hierin die ausdrückliche Erwähnung des im Beschluss vom 16.2.1954 genannten Vorvertrages zu einem Übergabevertrag. Er mutmasst, der BGH wolle nun die Auffassung vertreten, § 7 HöfeO sei in der Weise zu ergänzen, dass ein bestimmtes tatsächliches Verhalten des Bauern eine dritte Möglichkeit darstelle, einen Hoferben zu berufen. Gegen einen solchen übergesetzlichen Berufungsgrund wendet sich Reinicke.

---

1) Pikalo I S. 194.
2) Schulte IV S. 178 und V S. 362.
3) BGH DNotZ 56, 134 ff. (136).
4) Reinicke I.

Der BGH nimmt jedoch nicht an, dass es ausser den Möglichkeiten des § 7 HöfeO, deren formlosen Gebrauch er zulässt, noch eine ungeschriebene dritte gebe (1). Der Satz ist lediglich unklar, ebenso wie die Bemerkung im Beschluss vom 16.2.1954, dass es zur Bindung des Hofeigentümers nicht notwendig eines Erb- oder Hofübergabevertrages bedurft hätte (2). Auch hier ist nicht an eine dritte Möglichkeit gedacht, der Satz ist dahin zu verstehen, dass es nicht in jedem Falle eines formgerechten Erb- oder Übergabevertrages bedürfe (3).

Schulte (4) glaubt offenbar irrtümlich, Reinicke wende sich gegen diesen letzteren Satz, den dieser aber im Gegensatz zum ersteren nicht zitiert.

G. Zum Teil wird ein Ansturm enttäuschter Erbanwärter (5) und damit ein starkes Anwachsen der Gerichtsverfahren (6) befürchtet. Die Kunde von der Möglichkeit formloser Hoferbenbestimmung soll eine Unruhe in der Landbevölkerung ausgelöst haben (7), so dass die Gerichte bereits den ersten Vorgeschmack der zu erwartenden Fülle von Rechtsstreitigkeiten zu spüren bekommen hätten.

---

1) Schulte IV S. 179.
2) BGHZ 12, 286 ff. (297, 298)
3) Schulte V S. 362
4) Schulte a.a.O.
5) Wieacker I S. 119
6) Bosch a.a.O.
7) Roemer S. 291.

Demgegenüber zitiert Rötelmann (1) das "Nds.Landvolk", das dazu schreibt:

"Über seine grundsätzliche Bedeutung hinaus hat dieses Urteil aber auch noch eine lokal begrenzte: In der engeren Umgebung gab es einige Parallelfälle, die von H. sen. zu einer ähnlichen Haltung inspiriert waren und die sich z.T. sehr übel entwickelt hatten. Die haben sich nun alle schleunigst von selbst bereinigt!"

Der BGH erklärt in seinem Beschluss vom 5.2.1957, von einem Ansturm enttäuschter Erbanwärter sei innerhalb der drei Jahre seit dem ersten Beschluss nichts bekannt geworden.

Dabei muss allerdings beachtet werden, dass die Rspr. des BGH nur allmählich zur Kenntnis der betreffenden Kreise gelangt, so dass mit einem künftigen Anwachsen der Verfahren zu rechnen ist (2).

Dennoch werden die Kritiker nicht ernstlich behaupten können, dass die Gerichte auf die Dauer derart überrannt werden würden, dass die Durchführung der Rspr. an diesem Hindernis scheitern und daher von vornherein unterbleiben müsse.

H. Die Rspr. des BGH soll auch zu einer erheblichen Vermehrung des Familienzwistes führen (3). Trotz Kosten, jahrelangen Schwebezustandes zum Nachteil

---

1) Rötelmann I S. 311.
2) Humbert II S. 164.
3) Humbert I S. 1859 und II S. 164.

des Hofes und unversöhnlicher Feindschaft werde am Ende doch keine befriedigende Lösung erzielt, denn der Altbauer müsse jetzt wohl oder übel doch mit dem Jungbauern zusammenleben (1) oder gar, durch Richterspruch entmachtet, ein den Hof zugrunde richtendes Scheinregiment führen (2).

Von allen Argumenten zur praktischen Seite des Problems hat wohl dieses die geringste Überzeugungskraft. Soll man dem Jungbauern, der für eine vielköpfige Familie zu sorgen hat, angesichts der Launen eines der wenigen Quertreiber (3) wirklich raten, eine Faust in der Tasche (4) zu machen? Den Familienfrieden schützen, hiesse hier nichts anderes, als der Willkür des Hofeigentümers Tür und Tor öffnen, der mit einem Federstrich den Abkömmling um Zukunft und Existenz bringen könnte.

J. Richtig ist dagegen, dass man dem Abkömmling nicht zumuten kann, den Familiefrieden ohne Not zu stören und einen Streit vom Zaun zu brechen, bei dem er alles zu verlieren hat. Das aber wäre die Folge von Roemers (5) Zumutung an den Jungbauern, auf baldige Klarstellung der Rechtslage gegenüber dem Hofeigentümer zu drängen. Dies mag manchem Jungbauern möglich sein,

---

1) Roemer S. 293.
2) Reinicke I; Riedel II S. 111.
3) Rötelmann III.
4) Roemer S. 291.
5) Roemer S. 292.

einen anderen aber müsste solches Rühren an die patriarchalische Autorität in eine Situation bringen, die er zweckmässigerweise vermeiden und den Dingen ihren Lauf lassen wird. Die daraus entstehende Unklarheit ist aber nicht seine Schuld, Regelungen über das Schicksal des Hofes zu treffen, ist Sache des Altbauern.

Auch G. und D. Reinicke (1), die in Fällen dieser Art im allgemeinen der vertrauenden Partei das Schutzbedürfnis absprechen, wenn sie die Frombedürftigkeit des Vertrages gekannt, also ein Risiko auf sich genommen und die Folgen selbst verschuldet hat, müssen anerkennen, dass sich bei den vom BGH entschiedenen Fällen das Rechtsgefühl nicht mehr mit dem Risikogedanken zufrieden gibt.

K. In dieser Hinsicht überschätzt Pikalo (2) die Auswirkungen der neuen Rechtsprechung, wenn er meint, der unwissende Bauer werde unliebsam überrascht, der rechtlich aufgeklärte hingegen werde davon abgehalten, die tatsächliche Bewirtschaftung rechtzeitig in die Hände eines seiner Kinder zu legen, womit der im volkswirtschaftlichen Interesse liegende, frühzeitige Generationenwechsel behindert werde.

Wäre es wirklich so, dann bestünde wenigstens von vornherein Klarheit und es könnte nicht geschehen, dass dem Abkömmling nach jahrelanger Arbeit eröffnet wird, er habe seine Schuldigkeit getan und könne gehen, den Hof bekomme ein anderer.

---

1) Reinicke II S. 644.
2) Pikalo I S. 194.

§ 11. Ergebnis

Die Einwände, die der formlosen Hoffolgevereinbarung wegen des Verstosses gegen § 125 BGB die Wirksamkeit absprechen, sind nicht überzeugend.

Dem Zurechnungsgrund für die Bindung des Hofeigentümers, seinem schlüssigen Verhalten, darf nach den vorangegangenen Ausführungen trotz des Verstosses gegen § 125 BGB die Zurechnungswirkung nicht versagt werden.

*

Stimmt man der Rechtsprechung des BGH zu, so erweist es sich als unumgänglich, zu den daraus für ähnlich gelagerte Fälle entstehenden Konsequenzen Stellung zu nehmen. Das kann im Rahmen dieser Arbeit allerdings nicht in der umfassenden Weise geschehen, dass die vom BGH auf formlose bäuerliche Übergabe(vor)- und Erbverträge angewandten Rechtsgedanken schuldrechtlichen Ursprungs allgemein auf ihre Übertragbarkeit auf diejenigen Rechtsgebiete untersucht würden, die bisher solchen Einflüssen im wesentlichen verschlossen blieben, nämlich Sachen-, Familien- und Erbrecht (vgl. S. 111). Hier soll nur e i n e Auswirkung dieser Rechtsprechung behandelt werden, die deshalb besonders augenfällig ist, weil es sich um engverwandte Fälle handelt, wo zudem das Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und Fallgerechtigkeit zum Teil noch deutlicher zutage tritt als bei der Hofübergabe: Gemeint ist die

Beurteilung derjenigen Erbverträge und öffentlichen Testamente, die zwar förmlich abgeschlossen wurden, denen aber ein Formfehler anhaftet. Die Behandlung dieser Verfügungen erhält durch die Rechtsprechung des BGH einen starken Impuls von der teilweise geübten Formstrenge hin zur Fallgerechtigkeit. Denn es geht nicht an, mit zweierlei Mass zu messen und einerseits einen formlosen Erbvertrag zuzulassen, einen formfehlerhaften aber unter dem Gesichtspunkt unbedingter Formtreue für nichtig zu erklären (vgl. S. 14).

Es liegt demgegenüber auf der Hand, dass mit den Entscheidungen des BGH nicht einer Billigkeitskasuistik Tür und Tor geöffnet werden kann. Daher ist eine generelle Lösung zu suchen, die geeignet erscheint, das auf dem genannten Gebiet bestehende Spannungsverhältnis, das durch die Anerkennung formloser Verfügungen von Todes wegen noch stärker beleuchtet wird, zu beheben oder wenigstens fühlbar zu mildern.

ZWEITER TEIL

§ 12. Formalismus und Formerweichung

I. Wo immer der Richter bei förmlich abgeschlossenen Rechtsgeschäften Formfehler zu beurteilen hat, wird er das Ergebnis seiner Überlegungen prüfen und sich fragen, ob es mit dem Rechtsempfinden zu vereinbaren ist. Leitgedanke ist dabei der vielzitierte Satz des RG (1) : "Die Formerfordernisse dürfen nicht zu Fallstricken werden, die die Absichten des Gesetzgebers vereiteln und den letzten Willen des Erblassers um seine Wirkung bringen."

Eine vernünftige Auslegung der Formvorschriften hilft schon manche Härte vermeiden. Wo aber dieses Mittel nicht ausreicht, um ein unbilliges Ergebnis auszuschliessen, trennen sich die Wege. Ein Teil der Rspr. entscheidet sich für die unbedingte Formtreue, nimmt das unbillige Ergebnis in Kauf und sieht sich daher dem Vorwurf des zwecklosen Formalismus ausgesetzt. Der andere Teil übergeht offen die Formvorschrift oder, weitaus häufiger, unternimmt eine zweifelhafte, meist eindeutig zu weit gehende "Auslegung". Dies muss oft zu spitzfindigen Unterscheidungen führen, die vom Laien nicht mehr verstanden werden. Das Unerfreulichste aber ist die mit solcherlei Scheininterpretation verbundene "Triebsandgefahr" (2), d.h. die Auflösung der gesetzlichen Form durch eine sich ständig mehrende Billig-

---

1) RGZ 97, 297.
2) Heck S. 182, 183, 191.

keitskasuistik.

II. Aus diesen Gründen entstehen zwei divergierende Entscheidungsreihen, die regelmässig dort auftreten, wo das Gesetz zu hohe Formanforderungen stellt. Diese Erscheinung hat v. Hippel (1) am Beispiel des eigenhändigen Testaments beschrieben und nachdrücklich eine gesetzliche Neuregelung als einzigen Weg aus Formalismus und Formerweichung gefordert, wie sie dann auch das TestG vom 31.7.1938 gebracht hat.

III. Durch das am 4.8.1938 (in Österreich am 4.11.1938) in Kraft getretene Gesetz (RGBl. I 973) wurde vor allem der gesamte 7. Titel (§§ 2229-2264) des BGB aufgehoben. Mit Ausnahme des § 48 TestG (vgl. oben S. 24) betraf das Gesetz nur Form- und Verfahrensfragen, deren Vorabregelung vor der im Hinblick auf die Einführung des Erbhofrechts in Österreich ins Auge gefassten Neugestaltung des materiellen Erbrechts vertretbar erschien, da es sich um einen abgeschlossenen Teil des Erbrechts handelte (2). Die nicht geringe Anzahl jener Bestimmungen, die noch brauchbar erschienen, wurde fast ohne Änderung aus dem BGB übernommen (3).

Beim öffentlichen Testament wurde die Formstrenge vor allem in folgender Hinsicht gemildert:

---

1) Fritz v. Hippel a.a.O.

2) Lange II; vgl. Firsching in Staud. Vorbem. 5 vor § 2229.

3) Erhard-Eder in Soergel Anm. 1 vor § 2229.

a) Die Bestimmung des § 2236 BGB a.F., dass als Überwachungsperson bei Errichtung eines Testaments nicht mitwirken konnte, wer zu dem beurkundenden Richter oder Notar in einem nahen Verwandtschaftsverhältnis stand, wurde in einer Sollvorschrift umgeändert (§ 9 TestG = § 2236 BGB n.F.).

b) Nach altem Recht musste in der Niederschrift Ort und Tag der Verhandlung angegeben werden (§ 2241 Ziff. 1 BGB a.F.), das TestG ordnete die Ortsangabe nur noch durch Sollvorschrift an (§ 13 III TestG = § 2241 II BGB n.F.). Die Zeitangabe blieb zwar obligatorisch, doch stand ihr Fehlen der Gültigkeit des Testaments nicht entgegen, wenn sich die Angabe aus dem Vermerk auf dem Testamentsumschlage ergab (§ 13 IV TestG = § 2241 III BGB n.F.). Ferner war ein Testament nicht schon deshalb ungültig, weil der Tag der Verhandlung unrichtig angegeben war (§ 13 V TestG = § 2241 IV BGB n.F.).

c) Die Bestimmung des § 2242 I BGB a.F., wonach im Protokoll festgestellt werden musste, dass es vorgelesen, genehmigt und vom Erblasser eigenhändig unterschrieben worden war, wurde zur Sollvorschrift (§ 16 I S. 2 TestG = § 2242 I S. 2 BGB n.F.). Ausserdem wurde Vorlesung und Genehmigung vermutet, wenn das Protokoll unterschrieben worden war (§ 16 I S. 3 TestG = § 2242 I S. 3 BGB n.F.).

d) Die gemäss § 2243 II BGB a.F. zwingend gebotene Feststellung der Überzeugung des Notars, dass der Erblasser stumm oder sonst am Sprechen verhindert sei, wurde zur Sollvorschrift umgewandelt (§ 17 II TestG = § 2243 II BGB n.F.).

Das Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vom 5.3.1953 (BGBl. I 33), das am 1.4.1953 in Kraft getreten ist, hat das TestG aufgehoben und die meisten Vorschriften ohne sachliche Änderung soweit möglich an ihrem ursprünglichen Platz in das BGB eingefügt, zum Teil in verbesserter Formulierung. So wurden auch die oben angeführten Formerleichterungen sämtlich übernommen (1).

IV. Nun sind aber divergierende Entscheidungsreihen nicht allein ein Indiz für zu hohe Formanforderungen. Sie können nämlich auch dort entstehen, wo die Gesetzesvorschriften, objektiv betrachtet, nicht zuviel verlangen, wo aber die Nichtigkeitsfolge im Einzelfall doch als Härte erscheint, weil der Formzweck mit Sicherheit erreicht ist, an der inhaltlichen Richtigkeit keine Zweifel bestehen und sich der Verstoss als Versehen darstellt (s. unten S. 137 ff.).

Letzteres ist besonders bei den öffentlichen Testamenten der Fall (deren Vorschriften gemäß § 2276 II BGB auch auf Erbverträge Anwendung finden), da das Mitwirken der staatlichen Urkundsperson weitgehende Sicherheit für die Ordnungsmässigkeit des Verfahrens und die inhaltliche Richtigkeit der Niederschrift bietet. Es sind daher Verstösse gegen die Formvorschriften der §§ 2232 ff. BGB, die in diesem Zusammenhang besonders interessieren.

---

1) Über die Abweichungen vgl. im einzelnen Kregel in RGRK Anm. 1 vor § 2229.

Hier ist absolute Formtreue mit unbilligen Ergebnissen noch weniger als bisher zu vertreten, nachdem zu den gewichtigen Gründen, die für die Aufrechterhaltung von Verfügungen von Todes wegen im allgemeinen und von öffentlich errichteten Verfügungen im besonderen sprechen (s. unten) nun als richtunggebender Impuls die neue Rechtsprechung des BGH getreten ist.

(Die nachfolgenden Ausführungen gelten sinngemäß auch für Erbverträge.)

§ 13. Interesse an der Aufrechterhaltung letztwilliger Verfügungen

Das Bedürfnis nach der Aufrechterhaltung letztwilliger Verfügungen (d. h. Testamente) ist aus verschiedenen Gründen besonders groß:

I. Während bei Rechtsgeschäften unter Lebenden die Herstellung einer formrichtigen Urkunde nachgeholt werden kann, zeichnen sich die letztwilligen Verfügungen durch ihre Irreparabilität aus, da der Formfehler meist erst nach dem Tode des Erblassers entdeckt wird.

II. Wenn ein Kauf- oder Mietvertrag nichtig ist, entsteht wenigstens derjenigen Partei ein Vorteil, die unter Berufung auf die Nichtigkeit die Erfüllung verweigern kann. Ist aber ein Testament nichtig, dann ist weder den Interessen des Erblassers noch denen des Bedachten gedient. Nutznießer sind höchstens Dritte,

denen ein unerwarteter oder unverdienter (eine pflichtgemässe Verfügung des Erblassers vorausgesetzt) Erwerb zufällt.

III. Beim öffentlichen Testament trifft die Nichtigkeitssanktion nicht den Urheber, sondern Beteiligte, die für Flüchtigkeit oder Rechtsunkenntnis der Urkundsperson bestraft werden, obwohl sie selbst sich keinen Vorwurf zu machen haben.

IV. Ein Ersatzanspruch gegen den Notar stellt für denjenigen, der nicht Erbe geworden ist, keinen hinreichenden Ausgleich dar, denn an die Stelle materieller und immaterieller Nachlasswerte tritt ein blosser Geldanspruch. Das wirkt sich besonders nachteilig dort aus, wo es sich beim Nachlass um ein arbeitendes Vermögen handelt, etwa um ein Ladengeschäft oder um einen Fabrikationsbetrieb.

V. Rechtsunkundige oder vorsichtige Bürger wenden sich vertrauensvoll an die Urkundsperson und nehmen die entstehenden Kosten auf sich in der festen Überzeugung, nun alles bestmöglich geregelt und gesichert zu haben. Die enttäuschten Bedachten werden mit Recht feststellen, dass es zur Errichtung eines ungültigen Testaments nicht des Notars bedurft hätte. Nichtigkeitsfälle bei öffentlichen Testamenten erschüttern das Vertrauen des Volkes in das richtige Funktionieren des staatlichen Behördenapparates. Sie wiegen doppelt schwer, weil sie durch das öffentliche Testieren gerade ausgeschlossen werden sollen.

Andererseits dürfen die Formvorschriften im Testamentsrecht ein gewisses Mindestmass nicht unterschreiten. Das ergibt sich aus den besonderen Verhältnissen des Testieraktes:

§ 14. Zweck der Formvorschriften

I. Der Testierakt zeichnet sich durch seine weitreichenden Wirkungen aus, denn er erstreckt sich meist auf ein ganzes Vermögen und berührt eine Vielzahl von Personen, ja, den Verkehr im allgemeinen (1).

II. Der Eintritt dieser Wirkungen liegt nach dem Zeitpunkt des Todes des Erblassers. Von ihm ist keine Beseitigung bestehender Unklarheiten mehr zu erhoffen. Wollte man aber versuchen, den letzten Willen des Erblassers durch Vernehmung von Zeugen festzustellen, so würde man auf besondere Schwierigkeiten stossen. Die Personen, die den Erblasser umgeben haben und infolgedessen in der Lage wären, über seine Äusserungen zu berichten, sind regelmässig in Fragen der Erbschaft nicht unbeteiligt. Selbst wenn sie sich ehrlich bemühen würden, die Äusserungen des Erblassers getreu der Warheit wiederzugeben, würden sie sich doch vornehmlich an die ihnen selbst vorteilhaften Kundgebungen erinnern (2).

---

1) Motive V 257 : §§ 1914 - 1924.
2) Vgl. auch Kipp-Coing § 19 II.

III. Eine weitere Schwierigkeit liegt darin, dass sich Erwägungen über die Regelung der Erbfolge häufig über einen längeren Zeitraum hinziehen. Dass dabei ein früher gefasster Beschluss des Erblassers umgestossen wird, kann schon daran liegen, dass sich die äusseren Umstände geändert haben, oder dass der Erblasser zu den betreffenden Personen ein anderes Verhältnis gewinnt. Öfter entsteht aber auch Unklarheit dadurch, dass sich ältere Leute widerspruchsvoll äussern, sei es, dass sie sich nicht klar ausdrücken können oder wollen oder sogar der einen Seite verheimlichen, was sie der anderen zugesagt haben (1).

IV. Schliesslich kommt es nicht selten vor, dass der Erblasser mehr oder weniger massiven Beeinflussungsversuchen ausgesetzt ist, so dass er unfreiwillige, mindestens aber widerspruchsvolle mündliche Erklärungen abgibt (2).

Unter diesen Umständen ist es nur natürlich, dass der Wunsch nach formalen Schutzmitteln im geltenden Recht durchweg zu einem besonderen Formerfordernis als Merkmal des Testieraktes geführt hat.

Unser Recht kennt grundsätzlich keine formlose Kundgabe des letzten Willens. Wo keine formgültige Erklärung vorliegt, ist der Wille des Erblassers unbeachtlich, ein anderweitiger Beweis ist nicht zugelassen.

Davon gab es seit dem Inkrafttreten des BGB nur zwei

---

1) Herminghausen S. 122 f.
2) Coing in Kipp-Coing § 19 II 1.

Ausnahmen, nämlich das Militärtestament nach der Verordnung vom 6.9.1943 für den Fall unmittelbarer Todesgefahr und die letztwilligen Anordnungen der unter nationalsozialistischer Herrschaft Verfolgten nach Massgabe der Art. 80 REG (amZ), 67 REG (britZ) und 69 REG (Berlin).

Im übrigen aber sind neben Testament und Erbvertrag selbst die in besonderen Notlagen zugelassenen ausserordentlichen Testamente formgebunden. Die Formgebundenheit im Erbrecht erstreckt sich sogar über die Verfügungen hinaus (§§ 2348, 2375, 2083, 1945, 2081 BGB).

Wurden oben die Gründe genannt, die für die Aufrechterhaltung einer letztwilligen Verfügung, insbesondere eines öffentlichen Testamentes sprechen und ferner dargelegt, dass die Aufrechterhaltung jedenfalls nicht auf dem Wege eines völligen Formverzichts möglich ist, so sollen die nachfolgenden Ausführungen die besondere Förderungswürdigkeit des öffentlichen Testamentes im Verhältnis zum Privattestament aufzeigen.

§ 15. Vorzüge des öffentlichen Testamentes

Die Entwicklung im römischen Testamentsrecht war gekennzeichnet durch das Nebeneinander von äusserster Formstrenge und völliger Formfreiheit. Beide Richtungen verschmolzen in der Spätzeit, die andere Formen brachte.

Zu diesen trat als neuere Form im Anschluss an griechisches Recht die Erklärung des Testaments zu Gerichtsprotokoll bzw. Übergabe einer Schrift hinzu, der Ursprung des heutigen öffentlichen Testaments (1).

Die Verfasser des BGB übernahmen von allen gemeinrechtlichen und partikularrechtlichen Formen zunächst nur das öffentliche Testament als ordentliche Testamentsform. Die Entwürfe I, II und III lehnten das eigenhändige Privattestament ab. Dabei wäre es geblieben, hätten nicht die Reichstagskommission und der Reichstag gegen schwere Widerstände das Holographtestament in Anlehnung an das österreichische und französische Recht in das Gesetz aufgenommen, nicht zuletzt, um den Rheinländern diese billige, bequeme und geheime Testierform zu erhalten, die ihnen vertraut geworden war.

Für diese Bevorzugung des öffentlichen Testaments und die Behandlung des eigenhändigen Testaments gleichsam als Ausnahme sind gute Gründe vorhanden:

I. Die Heimlichkeit eines Privattestaments gibt dem Erblasser die Möglichkeit, seinen Gefühlen freien Lauf zu lassen. Die Gelegenheit, täglich, stündlich sein Testament zu ändern, kann leicht die Versuchung mit sich bringen, einer augenblicklichen Regung nachzugeben und Personen über Gebühr zu benachteiligen oder zu bevorzugen. Eine besonders unangenehme und häufige Erscheinung beim eigenhändigen Testament sind die Verfügungen zu-

---

1) Coing in Kipp-Coing § 25 I.

gunsten einer Geliebten (1). Selbst wo hier der Nachweis der Sittenwidrigkeit gelingt, ist das damit verbundene Verfahren eine Belastung für die Angehörigen.

Dieser Gefahr einer pflicht- und gemeinschaftswidrigen Verfügung gilt es zu steuern. Schon die blosse Anwesenheit des Notars übt hier eine heilsame Wirkung, notfalls kann er dem Erblasser Vorhaltungen machen (§ 2241 b BGB).

II. Ein weiterer Nachteil des eigenhändigen Testaments ist das Testieren in einer die Würde des Rechts und des Gerichts missachtenden Form (2). Sei es, dass das Material der Niederschrift vom Üblichen abweicht, sei es, dass der Text Erklärungen oder Ausdrücke beinhaltet, deren juristische Durchleuchtung für das Gericht unerquicklich ist.

III. Da das eigenhändige Testament meist vom Erblasser selbst verwahrt wird, besteht die Gefahr, dass enttäuschte Angehörige die Urkunde unterdrücken oder durch Streichungen und Radierungen, wenn nicht gar schriftlich, den Text verändern.

IV. Leer ausgehende Erbanwärter sind leicht geneigt, die Echtheit des Testamentes anzuzweifeln. Sie werden darin nicht selten durch die Tatsache bestärkt, dass privatschriftliche Testamente häufig auf Reisen, mit ungewohnter Feder oder im Krankheitszustande niedergeschrieben werden und so in äusserer Aufmachung und

---

1) Coing in Kipp-Coing § 16 III.
2) Lange I S. 47.

Schrifthaltung vom gewohnten Bilde abweichen (1).

V. Das eigenhändige Testament ist mitunter so gut versteckt, dass es gar nicht oder erst nach längerer Zeit aufgefunden werden kann.

VI. Besonders vor der Einführung des formmildernden Testamentsgesetzes zeigte sich, dass den Erblassern häufig Formfehler unterliefen, die zur Nichtigkeit der letztwilligen Verfügungen führten. Es waren dies zum grossen Teil Fehler, die nicht auf Nachlässigkeit beruhten, sondern trotz bester Bemühung um Formgültigkeit entstanden.

Diese Gefahr wurde durch das TestG eingeschränkt, ist aber doch nicht völlig gebannt, man denke z. B. nur an die Verwendung der heute sehr verbreiteten Schreibmaschine.

VII. Grosse Schwierigkeiten kann ferner die Abgrenzung des abgeschlossenen Testaments von Entwürfen, Briefen und Aufzeichnungen bereiten.

VIII. Viele Testamente werden unklar oder mehrdeutig abgefasst, weil der Erblasser sprachliche oder gedankliche Schwierigkeiten hat.

Die eindeutige Bevorzugung des öffentlichen Testaments bei der Bewertung durch den Erbrechtsausschuss auf Kosten des eigenhändigen war die Folge der verstärkten Betonung des Pflicht- und Gemeinschaftsgedankens im Drit-

---

1) Lange I S. 43.

ten Reich, der eine Beseitigung des eigenhändigen Testamentes geradezu als eine Forderung des Nationalsozialismus erscheinen liess (1).

Dennoch sind die Gesichtspunkte, die eine Beibehaltung und Förderung des öffentlichen Testaments nahelegen, von zeitloser Gültigkeit, so dass das verstärkte Streben nach pflichtgebundenem Testieren lediglich eine Akzentverlagerung innerhalb dieser Gesichtspunkte bedeutete.

Um die dargelegten Mängel des eigenhändigen Testaments zu vermeiden, wäre es wünschenswert, die Volkstümlichkeit des öffentlichen Testaments zu fördern. Da diesem Streben naturgemäss verschiedene Umstände entgegenstehen, wie Kosten und fehlende Heimlichkeit, sollte man wenigstens danach trachten, das Vertrauen in die juristische Unanfechtbarkeit vor dem Notar errichteter Testamente zu stützen und damit einen wesentlichen Vorteil gegenüber dem eigenhändigen Testament, nicht aber eine zusätzliche Fehlerquelle zu schaffen. Sonst würde ein öffentlich testierender Erblasser ein höheres Risiko eingehen als ein anderer, der nach vorangegangener Rechtsberatung eigenhändig testiert. Könnte doch letzterer bei einem unkomplizierten Testament hinlänglich sicher sein, dass sein letzter Wille vollzogen werde, wer aber sein Testament beim Notar errichtet, könnte diese Gewissheit niemals haben. Ein

---

1) Vgl. Lange I S. X, 6, 7, 46, 47, 48, 61 und II S. 577; Firsching in Staud. Vorbem. 42 vor § 2229.

eigenhändiges Testament kann man jederzeit ohne besondere Umstände einer erneuten Prüfung unterziehen, was bei einem öffentlichen Testament nicht der Fall ist. Unter Umständen lebt der Erblasser daher noch jahrelang in dem irrtümlichen Glauben, für seinen Tod bestens vorgesorgt zu haben.

§ 16. Mögliche Massnahmen

I. Als der Erbrechtsausschuss der Akademie für Deutsches Recht das Testamentsgesetz vorbereitete, um einen Weg aus Formalismus und Formerweichung zu schaffen, wurden verschiedene Möglichkeiten der Abhilfe erwogen (1).

Es wurde vorgeschlagen:

a) die Nichtigkeit nicht bei versehentlich, wohl aber bei absichtlich falschen oder unterlassenen Angaben eintreten zu lassen;

b) das Testament bei der Errichtung zu versiegeln, bei seiner Einlieferung zu öffnen, auf Formfehler durchzusehen und neu zu versiegeln;

c) Formfehler nachträglich formlos durch den Beurkundenden selbst oder durch das Nachlassgericht beseitigen zu lassen;

d) die Mussvorschriften einzuschränken.

II. Im TestG wurde von der vierten Möglichkeit Gebrauch gemacht. Danach glaubte man, die Formvorschriften bis an die Grenze des Vertretbaren gemildert zu haben und der Ausschuss gab sich der Erwartung hin, "dass bei diesen wie anderen Formvorschriften die Rspr. im Einzelfall eine gewisse Weitherzigkeit zeigen werde, dass sie insbesondere bei Fehlen einzelner der notwendigen Feststellungen diese aus dem Gesamtinhalte ergänzen und bei Fehlen der Unterschriften der übrigen mitwirkenden Personen eine Nachholung auch nach dem Tode

---

1) Lange I S. 72 ff.

des Erblassers zulassen werde (1)."

III. Nachfolgend sollen aus einer grossen Anzahl gleichgelagerter Beispiele (2) einige seit Erlass des TestG entschiedene Fälle herausgegriffen werden, um zu zeigen, dass auch heute noch die Alternative: Formtreue mit unbilligem Ergebnis - unzulässige "Auslegung" mit billigem Ergebnis vorkommt. Es ist dann zu fragen, inwieweit diese Tatsache auf überhöhten Formanforderungen des Gesetzes, inwieweit sie auf der Unverhältnismässigkeit der Nichtigkeitsdrohung zu dem Formfehler beruht und dementsprechend eine Möglichkeit der Abhilfe vorzuschlagen.

---

1) Vgl. Lange I S. VII f.

2) Die hier zitierten Entscheidungen sollen einen Überblick über häufige Fehlerquellen beim öff. Testament geben. Dabei kann wegen der Mehrschichtigkeit der Entscheidungsgründe keine klare Trennung in formalistische, billige und unzulässig weitherzige Rechtssprüche vorgenommen werden.

   1. Unterstützung des Erblassers bei der Unterschrift:
      BayObLG DNotZ 52, 78; OLG Köln DNotZ 57, 158;
      BGH LM § 16 TestG Nr. 1.

   2. Anwesenheit der Zeugen nur bei Vorlesung und Unterzeichnung:
      OGHBrZ JR 49, 321.

   3. Zum Begriff der Übergabe einer Schrift nach § 2238:
      RG 150, 192.

   4. Anlage als Teil des Protokolls, Voraussetzungen:
      RG 97, 299.

   5. Abwesenheit des Erblassers bei Unterzeichnung durch Zeugen:
      RG DJ 36, 258.

   6. Beurkundung der Genehmigung des Erblassers aus sonstigen Wendungen zu entnehmen?
      RG HRR 32 Nr. 130.

   7. Vorherige Fertigung des Testamentsentwurfes in Maschinenschrift:
      RG HRR 32 Nr. 130.

   8. Beurkundung der "Erklärung" bedeutet "mündlich":
      RG DNotZ 40, 72.

A. § 2242 II BGB a.F. bestimmte:

"Erklärt der Erblasser, dass er nicht schreiben könne, so wird seine Unterschrift durch die Feststellung dieser Erklärung im Protokoll ersetzt."

Durch das TestG erhielt diese Vorschrift folgende Fassung (§ 16 III TestG), in der sie auch durch das Rechtseinheitsgesetz vom 1.4.1953 wieder in das BGB eingefügt wurde (§ 2242 III BGB):

---

9. Undeutliches Sprechen oder Lallen des Erblassers: OGHBrZ 3, 383.

10. Ein wesentlicher Errichtungsakt durch den Bedachten allein vorgenommen: KG DNotZ 42, 338.

11. Zum Begriff der Mündlichkeit der Erklärung: RG 108, 400.

12. Kopfnicken des Erblassers bei Vorlesung eines vor Zeugenzuziehung niedergeschriebenen Protokollentwurfes: RG 85, 123; 108, 400; OGHBrZ 2, 45; 3, 383, BGH LM § 11 TestG Nr. 1;

13. Mündliche Erklärung durch mündliche Genehmigung des Protokolls: RG 92, 32; 161, 381.

14. Beurkundung der Genehmigung des Protokolls als mündlich erfolgt ohne ausdrückliche Feststellung in der Urkunde: RG 92, 32; 161, 381.

15. Zusammenziehung der Erklärung des letzten Willens sowie der Vorlesung und Genehmigung zu einem Verhandlungsgang: RG 85, 123; 161, 381; RG DNotZ 40, 72; OGHBrZ 2, 45.

16. Freiwillige Zuziehung eines an sich nach § 2234 ausgeschlossenen Zeugen: OLG Köln NJW 57, 1929.

17. Errichtung eines Testaments durch einen zum Vollstrecker ernannten Notar: BayObLG OLG 39, 22.

18. Reihenfolge der Unterschriften: RG DJ 36, 258.

"Kann der Erblasser nach der Überzeugung des Richters oder des Notars nicht schreiben, so wird die Unterschrift des Erblassers durch die Feststellung dieser Überzeugung in der Niederschrift ersetzt."

Der Gesetzgeber wollte mit dieser Änderung ein Beweismittel für die Personengleichheit des Erblassers schaffen, um so einen Schwindler daran zu hindern, sich als Erblasser auszugeben (1).

---

19. Unterschrift des Notars fehlt, steht nur auf dem Umschlag:
OLG München DNotZ 44,12; OLG Hamm DNotZ 52,80; BGH NJW 55,788.

20. Art der Bezeichnung der mitwirkenden Personen:
KG JFG 20,319; DNotZ 40,75.

21. Nachholung der Unterzeichnung durch die Zeugen:
RG DJ 36,258.

22. Erforderlichkeit der Unterschrift eines Blinden?
OLG Oldenburg NdsRpfl. 57,245; OLG Koblenz NJW 58, 1764.

23. Form der Feststellung der Schreibunfähigkeit:
KG JFG 19,98; 19,279; DJ 39,1049; DJ 39,1591; DNotZ 38,810; DNotZ 40,76; DNotZ 42,184; OLG Hamm NJW 55,520; OGH 49,470; BGH NJW55,787; NJW 58,1915; DNotZ 58,650.

24. Lesevermögen:
KG DNotZ 56,343; RG 76,94.

25. Zuziehung eines bedachten Zeugen ohne Zuziehungszwang:
OLG Hamm DNotZ 56,424; OLG Karlsruhe JZ 57,380; OLG Köln DNotZ 58,94.

25. Blindheit:
OLG Oldenburg NdsRpfl. 46,175.

26. Form des Blindentestaments:
RG 86,385

1) Vogels-Seybold § 16 Anm. 12

1) Beschluss des KG vom 29.6.1939 (1):

Ein Kaufmann betrieb die Ausstellung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses aufgrund eines Testaments, das die Erblasserin eine Woche vor ihrem Tod errichtet hatte.

Das Nachlassgericht lehnte den Antrag mit der Begründung ab, dass das Testament weder die Unterschrift der Erblasserin noch die als einzigen Ersatz dafür zugelassene Feststellung der Überzeugung des Notars von der Schreibunfähigkeit der Erblasserin enthalte.

Die Niederschrift beginnt mit der Feststellung, vor dem Notar, der zwei (namentlich genannte) Zeugen zugezogen habe, sei heute in H., Mittelstrasse 170 c, das ihm von Person bekannte Frl. Anna S. erschienen. Am Schluss der Niederschrift heisst es: "Die Erschienene erklärte, dass sie nicht mehr schreiben könne."

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Nachlassgerichts wurde vom Landgericht zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Das KG wendet sich zunächst gegen den Weg, mit Hilfe von beweisbaren Begleitumständen ausserhalb der Testamentsniederschrift die vorhanden gewesene Überzeugung des Notars von der Schreibunfähigkeit des Erblassers festzustellen, wie Boehmer (2) vorschlägt.

Das Gericht erkennt zwar an, dass besonders beim öffentlichen Testament gute Gründe für die Ansicht von Backs (3) sprächen, dass jede zur Erfüllung der Form

---

1) KG DNotZ 40, 76.
2) Boehmer II.
3) Backs a.a.O.

gehörige Feststellung der Testamentsniederschrift für den einzelnen Fall ohne Nachteil entbehrt werden könne, wenn die festzustellende Tatsache entweder anderweitig einwandfrei zu erweisen oder für die sachliche Beurteilung des Testaments bedeutungslos sei.

Zutreffend weist jedoch das Gericht darauf hin, dass der Gesetzgeber sich von diesen Gesichtspunkten nicht habe leiten lassen. Zu dieser Feststellung sieht sich das Gericht zu Recht durch eine Gegenüberstellung des § 2241 III BGB mit dem milderen § 2247 V BGB veranlasst, die von der anderweitigen Feststellung einer mangelhaften Datierung handeln. Vor allem aber wird dieser Schluss durch die Tatsache gerechtfertigt, dass der Gesetzgeber den Gedanken des § 2249 VI BGB, wonach Formfehler unschädlich sein sollen, wenn sie die Zuverlässigkeit der Wiedergabe der Erklärung des Erblassers nicht berühren, nicht als allgemeinen Grundsatz über die Nottestamente hinaus anerkannt hat.

Unverwertbar für die Entscheidung muss daher das Vorbringen des Beschwerdeführers bleiben über einen Schlaganfall der Erblasserin und ihren jeden Zweifel an der Schreibunfähigkeit ausschliessenden Krankheitszustand, sowie die spätere dienstliche Versicherung des Notars, er habe die Zeugen speziell wegen der Schreibunfähigkeit zugezogen.

Nachdem sich das Gericht solchermassen auf den Boden der Rechtssicherheit und der Gesetzestreue gestellt und von der Nichtachtung klarer Formvorschriften weit

distanziert hat, womit ein nach Lage des Falles hartes Ergebnis (zu dem die Instanzgerichte auch gekommen waren) unvermeidbar wäre, verhilft es der Vernunft und Billigkeit in diesem Rechtsstreit zum Sieg, indem es eine Auslegung vornimmt, die sich als gerades Gegenstück der angekündigten Formstrenge darstellt.

Zunächst wird die Behauptung aufgestellt, die Beurkundung der Erklärung der Erblasserin, sie könne nicht mehr schreiben, begründe eine starke tatsächliche Vermutung für eine entsprechende Überzeugung der Urkundsperson; sie könne deshalb bei geeigneter Unterstützung durch den sonstigen Inhalt der Niederschrift den anderweitigen urkundlichen Beweis für diese erbringen und demzufolge die Entbehrlichkeit der gesetzlich vorgeschriebenen Feststellung begründen.

Von einer Vermutung für die Überzeugung der Urkundsperson kann indes nicht gesprochen werden. Mag diese Überzeugung nun bestanden haben oder nicht, die Beurkundung der Erklärung des Erblassers war in den meisten derartigen Fällen nicht das Produkt einer Meinungsbildung, sondern einfach mangelnder Rechtskenntnis. Die Notare verfuhren nämlich nach dem alten Recht, ohne sich über die Schreibfähigkeit des Erblassers Gedanken zu machen.

Was nun die "geeignete Unterstützung" dieser "starken Vermutung" anlangt, so ist es um sie nicht besser bestellt:

So soll die Testamentserrichtung in der Wohnung eines mässig begüterten Erblassers nach der Lebens-

erfahrung darauf hindeuten, dass dieser wegen schwerer Erkrankung gehindert sei, den Notar aufzusuchen und mit seinem baldigen Ableben rechne. Dieser Schluss dürfte durch das schnelle Ableben der Erblasserin wesentlich erleichtert worden sein.

Dass schliesslich der Notar die Erblasserin über ihre Zurechnungsfähigkeit befragt und die Formulierung gewählt hat, sie könne nicht mehr schreiben, lässt das Gericht vollends die Überzeugung gewinnen, dass der Notar die Erklärung der Erblasserin tatsächlich für richtig erachtet habe.

Im Anschluss an seine - gemäss dem Vorspruch zum TestG möglichst weitgehende - Rspr. anerkennt daher der Senat das Testament als gültig, nicht ohne auf den wirklichen Grund dieser wohlwollenden Behandlung hinzuweisen, dass nämlich Bedenken in Bezug auf die Personengleichheit der Erblasserin und in Bezug auf die zuverlässige Niederlegung ihres letzten Willens nicht begründet seien und nicht ohne zuzugeben, dass die Gültigkeit derartiger Testamente bis zu einer Entscheidung des RG zu dieser Frage zweifelhaft bleibe.

2. Dasselbe Problem behandelt die Entscheidung des KG v. 11.12.1941 (1):

Ein auf über zehntausend RM eingesetzter Alleinerbe beantragte die Erteilung eines Erbscheins auf Grund eines Testaments, das der Erblasser wenige Tage vor

---

1) KG Beschl. v. 11.12.1941, DNotZ 42, 184.

seinem Tode notariell errichtet hatte.

Das Amtsgericht lehnte die Erteilung des Erbscheins ab, weil es einen Verstoss gegen § 16 III TestG (= § 2242 III BGB n. F.) annahm.

Die Niederschrift berichtet, der Notar habe den Erblasser, einen Kaufmann, in der Wohnung aufgesucht und auf dessen Erklärung hin, er könne nicht schreiben, einen ihm bekannten Immobilienmakler als Zeugen zugezogen. Die Erklärung des Erblassers von der Schreibunfähigkeit nahm der Notar zu Protokoll.

Die Beschwerde des Antragstellers wurde zurückgewiesen, die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

In Fortsetzung seiner früheren Rspr. (1) sucht der Senat wiederum die auf die protokollierte Erklärung des Erblassers gegründete "starke tatsächliche Vermutung" für die Überzeugung des Notars durch "geeignete Unterstützung" aus dem Urkundeninhalt zum Beweis für jene innere Tatsache zu erhärten.

Das Gericht räumt allerdings jetzt ein, dass die Testamentserrichtung in der Wohnung nicht zwingend auf die Schreibunfähigkeit eines Erblassers schliessen lasse, da auch Gehunfähigkeit oder ähnliche Gebrechen den Erblasser ans Bett fesseln könnten. Dennoch hält das Gericht schliesslich diesen Umstand für ein verwertbares Beweiszeichen, da gewöhnlich nur schwere Krankheit und Erwartung baldigen Ablebens einen Erb-

---

1) KG DJ 39, 434; 39, 1049; DNotZ 40, 76.

lasser am Aufsuchen des Notars hindere.

Da sich weitere Anhaltspunkte in der Niederschrift nicht finden liessen, lieferte das Gericht einen Beweis besonderen Kombinationsvermögens und erklärte, da dem Berufskreis der Kaufleute die Fähigkeit zu schreiben in erhöhtem Masse eigne und geläufig sei, unterlasse ein Kaufmann die Unterzeichnung einer wichtigen Urkunde nicht ohne zwingenden Grund.

In dieser Entscheidung wird übrigens auch deutlich ausgesprochen, was die Überlegungen des Gerichts grundsätzlich von den abweichenden Entscheidungen der Vorinstanzen unterscheidet: Das KG verlangt nicht, dass der Notar sich der Notwendigkeit bewusst gewesen sei, seine Überzeugung von der Schreibunfähigkeit in der Niederschrift festzustellen.

Hatte das KG wenigstens versucht, durch Betonung der Gesetzestreue den Schein zu wahren, so verzichtete das OLG Hamm hierauf und schloss sich in einem Vorlagebeschluss (1) der vor allem von Boehmer (2) und Seybold (3) vertretenen Meinung an, zur Auslegung könnten auch solche Umstände herangezogen werden, die ausserhalb der Niederschrift liegen.

Der BGH gebot dieser Entwicklung billigenswerterweise Einhalt und stimmte der Rspr. des KG zu, unterzog aber auch diese mit Recht einer kritischen

---

1) NJW 55, 520.
2) Boehmer II S. 460 und III S. 140.
3) Seybold in Vogels-Seybold § 16 Anm. 12.
4) BGH, Beschl. v. 15.3.1955, NJW 55, 787.

Würdigung:

Hatte das KG aus der protokollierten Schreibunfähigkeitserklärung des Erblassers eine Vermutung für eine entsprechende Überzeugung des Notars geschöpft, so legt dieser Satz nach den zutreffenden Ausführungen des BGH im allgemeinen nur die Vermutung nahe, dass der Notar nach dem früheren Recht verfahren ist und sich nicht darüber im klaren war, dass er sich eine eigene Überzeugung bilden und diese in der Niederschrift ausdrücken musste.

Der BGH lässt eine Heranziehung des sonstigen Inhalts der Urkunde zu, geht aber offenbar davon aus, dass sowohl das Vorhandensein der Überzeugung von der Schreibunfähigkeit nachgewiesen werden müsse, als auch der Wille des Notars, diese Überzeugung festzustellen (1). Diese Einschränkung ist richtig. Es kann kein Zweifel bestehen, dass der Gesetzgeber von einem solchen Ablauf des Geschehens ausgegangen ist. Es nimmt daher Wunder, dass der BGH sich in diesem Punkt nicht ausdrücklich von der Rspr. des KG distanziert (nach welcher sich der Notar nicht der Notwendigkeit bewusst gewesen sein musste, diese Überzeugung festzustellen). Auch

---

1) BGH NJW 55, 787: "... Im Einzelfalle kann sich jedoch aus dem sonstigen Inhalt der Niederschrift die Überzeugung des Notars, der Erblasser könne nicht schreiben, und sein Wille, dies festzustellen, ergeben. Auch dann lässt sich der Schluss ziehen, die Urkundsperson habe die Schreibunfähigkeit in der Niederschrift festgestellt."

Firsching (1) hält es für bedenklich, in der Niederschrift die Feststellung der Überzeugung des Notars zu finden, wenn sich dieser nicht der Pflicht bewusst war, sich ein Urteil über die Schreibunfähigkeit des Erblassers zu bilden.

Im ganzen bescheinigt der BGH dem KG, dass es in seinen Beschlüssen, ebenso wie die ihm folgenden OLG Frankfurt (2), Stuttgart (3) und Celle (4), die "äusserste Grenze einer weitherzigen Auslegung" (5) erreicht und sie z.T. dort überschritten habe, wo es sich um ein offenkundiges Versehen der Urkundsperson gehandelt habe (6). Insbesondere die Umstände, aus denen das KG in seinem Beschluss vom 11.12.1941 auf die Überzeugung der Urkundsperson schliessen wollte, haben vor den Augen des BGH wenig Gewicht (7).

Mit dieser Entscheidung hat der BGH die vom KG trotz der gegenteiligen Beteuerungen heraufbeschworene Gefahr der Gesetzesaushöhlung in dieser Frage gebannt, aber damit zwangsläufig dem anderen Übel, der Härte im Einzelfall, den Weg frei gemacht.

---

1) Vgl. Firsching in Staudinger § 2242 Anm. 15.
2) HEZ 1, 34.
3) HEZ 2, 195 = NJW 49, 755 mit abl. Anm. von Coing.
4) HEZ 3, 39.
5) So auch Vogels IV.
6) Vogels V.
7) Vgl. auch Vogels V; Coing a.a.O.; Firsching in Staud. § 2242 Anm. 15.

Der geschilderte Formfehler war bis jetzt der am häufigsten auftretende. Doch zeigen andere Beispiele, dass keine Formvorschrift so einfach ist, als dass nicht gegen sie verstossen werden könnte:

B. § 2242 IV BGB (= § 16 IV TestG) bestimmt:

"Die Niederschrift muss von den mitwirkenden Personen unterschrieben werden."

Urteil des BGH vom 21.3.1955 (1):

Ein Erblasser errichtete im Jahre 1943 ein notarielles Testament, in dem er seine Tochter auf den Pflichtteil beschränkte. Eine Nichte und einen Neffen setzte er zu gleichen Teilen als Erben ein, sein Haus vermachte er zu gleichen Teilen sieben Geschwistern seiner verstorbenen Ehefrau.

Als der Erblasser zwei Jahre später starb, erhielt die Tochter einen Erbschein, die neun bedachten Personen gingen leer aus.

Bei der Testamentseröffnung stellte sich nämlich heraus, dass die Niederschrift vom Notar nicht unterschrieben war. Während der Testamentserrichtung war Fliegeralarm gegeben worden, der Erblasser hatte seine Unterschrift geleistet und sich entfernt. Der Notar hatte sich in den Luftschutzkeller begeben, nach der Rückkehr die Urkunde und den von ihm ausgefüllten

---

1) BGH NJW 55, 788

Umschlag seiner Bürovorsteherin ausgehändigt, die das Testament in seiner Gegenwart verschloss und versiegelte.

Die leer ausgegangenen Erbanwärter wurden in einem Rechtsstreit gegen den Notar durch Vergleich mit je 800.-- DM abgespeist.

Den sieben um ihr Vermächtnis gebrachten Geschwistern gelang es erst in dritter Instanz, Schadensersatz aus Amtshaftung zu erkämpfen, nachdem die Vorinstanzen ihre abweisenden Entscheidungen mit höherer Gewalt und allgemeiner menschlicher Unzulänglichkeit begründet hatten.

C. Gemäss §§ 2276 II, 1410 BGB, 177 III FGG muss ein kombinierter Ehe- und Erbvertrag vom Notar unterschrieben werden.

Beschluss des Bay ObLG vom 2.9.1955 (1):

Vor einem Notar wurde ein Ehe- und Erbvertrag in derselben Urkunde errichtet. Der damals amtierende Notar Georg L. unterzeichnete mit "Georg V., Notar", indem er versehentlich statt seines Familiennamens den der Beteiligten schrieb.

Das Gericht hat zwar dieses Versehen nicht für schädlich erachtet, doch war dieses Ergebnis keineswegs unumgänglich, wie die gegenteiligen Ausführungen

---

1) NJW 56, 24 ff.

von Ötcker (1) und die ablehnende Anmerkung von Firsching zeigen (2).

D. Die angeführten Fälle liessen sich beliebig vermehren. Sie mögen jedoch genügen, um zu zeigen, was eine Gesamtschau der Rechtsprechung erkennen lässt:

Divergierende Entscheidungsreihen gibt es nach wie vor, mindestens besteht die Gefahr ihrer Entwicklung. Anders jedoch als zur Zeit vor dem Testamentsgesetz kann man heute nicht mehr von "wunden Punkten" des Gesetzes sprechen. Die Divergenz beruht so gut wie ausschliesslich auf der Unverhältnismässigkeit der Nichtigkeitsdrohung zum Formfehler (vgl. S. 126), welch letztere sich daraus ergibt, dass Erreichung des Formzwecks und inhaltliche Richtigkeit gewährleistet sind, dem Notar aber ein Versehen unterlaufen ist. Das ist bei einem Lösungsvorschlag zu beachten.

IV. Lösungsvorschlag.

A. Hatte das TestG aus gutem Grund Mussvorschriften in Sollvorschriften umgewandelt, so bietet sich heute für ein solches Vorgehen kein richtiger Ansatzpunkt.

---

1) Ötcker in RheinZ 1924, 156, 178 (zit. in BayObLG NJW 56, 24 ff. (26)).

2) Firsching a.a.O.

Wohl könnte diese oder jene Bestimmung gemildert werden.

So würde z. B. für § 2242 III BGB die Beurkundung der Erklärung des Erblassers ausreichen, wie es der Ausschuss vorschlug (1). Ferner könnte die Zeitangabe (§ 2241 I 1 BGB) zum Sollerfordernis gemacht werden. Sodann wäre daran zu denken, es dem Ermessen der Urkundsperson zu überlassen, ob bei der Testamentserrichtung durch einen tauben, blinden, stummen oder sonst am Sprechen verhinderten oder schreibunfähigen Erblasser Zeugen zugezogen werden sollen. Die Zuziehung hat in diesen Fällen, ebenso wie die nur ordnungshalber vorgeschriebene Zeugenzuziehung für einen leseunkundigen Tauben, den Zweck einer Kontrolle der richtigen Verständigung mit dem Notar. Diese Kontrolle ist nur wirksam, wenn die Zeugen über die entsprechenden Fähigkeiten verfügen, was im Gesetz nicht vorgeschrieben ist. Wenn somit die Urkundsperson über die Eignung der Zeugen bestimmen kann, kann es ihr auch ganz anvertraut werden, über deren Zuziehung zu entscheiden (2).

Doch wäre damit nicht viel erreicht. Ein Mindestmass an Formvorschriften müsste zwangsläufig erhalten bleiben und dies würde ausreichen, um manch gutes Testament zu Fall zu bringen. Damit scheidet die Abhilfe durch Formerleichterungen aus.

---

1) Lange I S. 76.
2) Vgl. Backs S. 149.

B. Ebenso verhält es sich mit der nachträglichen Berichtigung von Formfehlern durch den Beurkundenden selbst oder durch das Nachlassgericht. Eine Berichtigung vor der Testamentseröffnung, wie sie in Rspr. und Schrifttum teilweise vertreten wird (1), wäre als gesetzliche Regelung nicht wirksam genug, da der Formfehler selten entdeckt wird.

C. Nicht gangbar ist auch der Weg der Durchsicht auf Formfehler bei der Einlieferung. Einmal könnte dies in kleineren Städten beim Erblasser Bedenken hinsichtlich der Geheimhaltung wachrufen und ihn vom öffentlichen Testieren abbringen, zum anderen würden auf diese Weise meist nur fehlende, nicht aber unrichtige Angaben entdeckt werden können.

D. Nicht vertretbar ist auch die Meinung von Backs, der einer ungebundenen Auslegung das Wort redet (2), schon weil die Rspr. sich in Kasuistik verlieren und nicht zu einer einheitlichen Beurteilung gelangen würde.

E. Ein zwingender Grund, die Beurkundung für nichtig zu erklären, besteht nur bei einem Mangel, der geeignet ist, die Zuverlässigkeit des sachlichen Inhalts der Urkunde, insbesondere hinsichtlich einer beurkundeten

---

1) Vgl. Keidel a.a.O.
2) Backs a.a.O.

Erklärung, erheblich in Zweifel zu stellen (1).

Es erscheint daher geboten, die Generalklausel des § 2249 VI BGB auf öffentliche Testamente auszudehnen und zwar dergestalt, dass zwar nicht eine Verletzung von Verfahrensvorschriften, unter allen Umständen aber ein Verstoss gegen die Protokollierungsvorschriften ohne Einfluss auf die Gültigkeit des nachweislich richtig niedergelegten Erblasserwillens bleibt.

Bei einer solchen Regelung wäre keine Rechtsunsicherheit zu befürchten. Die Schwierigkeiten lägen lediglich auf tatsächlichem Gebiet, wenn es darum ginge, die Voraussetzungen der Generalklausel zu prüfen.

Ein Quell für Rechtsstreitigkeiten enttäuschter Erbanwärter wäre damit ebenfalls nicht eröffnet, wie Lange (2) meint. Wäre diese Annahme indes richtig, so müsste Abhilfe desto lebhafter begrüsst werden, um eine Fülle von Ungerechtigkeit zu vermeiden.

---

1) Vgl. Krause S. 161, der aus einer vom Reichsjustizministerium 1940 veröffentlichten Übersetzung (Verlag W. de Gruyter, Berlin) den § 1838 des das heutige ungarische Privatrecht bildenden Entwurfes 1928 eines Privatrechtsgesetzbuches zitiert:

"Wenn mit einer jeden Zweifel ausschliessenden Gewissheit festgestellt werden kann, dass der Inhalt einer schriftlichen Verfügung dem Willen des Erblassers in allem entspricht, und dass der Erblasser sie als sein Testament betrachtet und unterschrieben hat, so kann das Gericht geringere und besonders durch einen ausserordentlichen Umstand entschuldbare Verletzungen der notwendigen formellen Erfordernisse im Falle der Testamentserrichtung, welcher Form auch immer, ausser Acht lassen und die letztwillige Verfügung trotz des Mangels eines solchen Erfordernisses als ein gültiges Testament betrachten."

(Nach Krause soll diese Regelung einzig dastehen).

2) Lange S. 73.

Coing (1) erklärt, dass das Gesetz in solchen Fällen die Parteiinteressen bewusst zurückgesetzt, bzw. die Parteien auf den Weg der Amtshaftung verwiesen habe. Das ist richtig, auch wenn sich der Erbrechtsausschuss der Erwartung hingab, die Rspr. werde sich weitherzig zeigen. Eine Gesetzesänderung ist damit aber nicht ausgeschlossen.

Der Erfolg einer peinlich genauen Beachtung der Formvorschriften durch die Notare ist mit der Nichtigkeitsstrafe für ahnungslose Beteiligte zu teuer erkauft, zumal er wegen der allgemeinen menschlichen Unzulänglichkeit doch nie voll verwirklicht werden kann. Das Recht des öffentlichen Testaments und des Erbvertrages ist ausserdem der denkbar ungünstigste Platz, um Meinungsverschiedenheiten innerhalb der Rspr. auf dem Rücken der Beteiligten auszutragen.

---

1) Coing a.a.O.

§ 17. Zusammenfassung

Die vom BGH vorgenommene Ausdehnung im Schuldrecht zur Aufrechterhaltung formnichtiger Rechtsgeschäfte entwickelter Grundsätze auf formlose Übergabe(vor)verträge und Erbverträge im Bereich der bäuerlichen Hoffolge ist zu billigen, da hier auf anderem Wege keine befriedigenden Ergebnisse erzielt werden können.

Außer dieser Übertragung haben die Entscheidungen des BGH keine Neuerung gebracht und kein Rechtsproblem aufgeworfen, das nicht mit den Mitteln der herkömmlichen Lehre bewältigt werden könnte. Es fehlt daher insbesondere ein begründeter Anlaß, Lösungen auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage zu suchen und damit die derzeitige prinzipielle Auseinandersetzung um eine Neugestaltung der Lehre vom Rechtsgeschäft auf das Hoferbrecht auszudehnen.

Die neue Rechtsprechung steht in offensichtlichem Widerspruch zu der bei der Beurteilung förmlich errichteter, aber fehlerhafter Verfügungen von Todes wegen von einem Teil der Gerichte geübten Formstrenge. Hier Abhilfe zu schaffen und zugleich eine einheitliche Behandlung der formfehlerhaften Verfügungen selbst herbeizuführen, wäre Aufgabe einer gesetzlichen Generalklausel, als deren Vorbild sich § 2249 VI BGB unmittelbar anbietet.

Lebenslauf

Am 1. Oktober 1934 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Willi Friesinger und seiner Ehefrau Clara, geb. Siegler, in Pforzheim geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Nach 4jährigem Volksschulbesuch kam ich 1945 auf das Realgymnasium der Internatsschule in Korntal b. Stgt., von 1949 - 1951 auf das Realgymnasium in Pforzheim. 1951 wechselte ich auf die Wirtschaftsoberschule in Pforzheim über, an der ich am 10. April 1954 die Reifeprüfung ablegte. In München (WS 55/56 - SS 58) und Erlangen (WS 58/59 - SS 59) studierte ich Rechtswissenschaften. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 15. Dezember 1959 an der Universität Erlangen. Am 1. Februar 1960 wurde ich zum Referendar im Oberlandesgerichtsbezirk Nürnberg ernannt.